

LE MARCHÉ A FAÇON

Étude sur la vente d'objets
fabriqués sur commande

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 12 mars 1937 à 14 heures

PAR

François DAVID

Diplômé de l'École Supérieure de Commerce de Paris

Diplômé de l'Institut de Criminologie

Président : M. J. HAMEL.

Suffragants } MM. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, } *Professeurs*
 } M. PICARD. }

LIBRAIRIE
DU

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS (V°)

—
1937

LE MARCHÉ A FAÇON

**Étude sur la vente d'objets
fabriqués sur commande**

**La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.**

LE MARCHÉ A FAÇON

Étude sur la vente d'objets
fabriqués sur commande

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 12 mars 1937 à 14 heures

PAR

François DAVID

Diplômé de l'École Supérieure de Commerce de Paris

Diplômé de l'Institut de Criminologie

Président : M. J. HAMEL.

Suffragants { MM. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, } *Professeurs*
 { M. PICARD. }

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS (V°)

1937



INTRODUCTION

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Dès lors qu'un contrat réunit les conditions requises pour sa validité et que ses dispositions ne sont en rien contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, il doit produire des effets juridiques, et les parties seront liées de la même façon qu'elles le seraient par une loi.

Mais si le Code civil a consacré le principe de l'autonomie de la volonté, en fait, pratiquement, le nombre des diverses conventions que les contractants élaborent est très restreint : ce sont les mêmes types de contrats qui reviennent sans cesse et, dans des dispositions pour la plupart interprétatives, le législateur a réglementé les combinaisons les plus usuelles.

« Notre volonté, écrit Gounot ¹, est souvent infirme, lente, paresseuse dans ses manifestations juridiques : la loi pénètre nos volontés semi-conscientes, devine nos intentions tacites et les formule à notre place aussi bien et même mieux que nous ne pourrions le faire nous-mêmes ».

Loin de restreindre l'autonomie de la volonté, l'existence, dans notre législation, de contrats spéciaux multiplie encore l'efficacité de ce principe, les individus restant toujours libres de traduire sous n'importe quelle forme, les fantaisies de leur arbitraire juridique.

Cette thèse a pour objet d'examiner une manifestation particulière de cette liberté contractuelle, en étudiant une convention que le Code civil n'a pas expressément prévue, le marché à façon.

Le marché à façon est le contrat en vertu duquel un entrepreneur s'engage à fabriquer une chose au moyen d'une

1. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, p. 85.

matière qu'il fournit, et à livrer cette chose une fois terminée, moyennant un prix, à celui qui l'a commandée.

Contrat fort courant, le marché à façon se rencontre dans des domaines très variés : c'est ainsi qu'il y a marché à façon lorsqu'une personne commande à un artiste son portrait, à un menuisier un mobilier, à un tailleur un vêtement sur mesure ; il y a de même marché à façon dans le contrat par lequel un entrepreneur s'engage à fabriquer pour un industriel, des machines qui répondent à une description et à une destination propres ; il y a également marché à façon quand un armateur demande à une Compagnie de constructions navales, de construire un navire dont il donne les caractéristiques.

Ce contrat existe donc non seulement dans le cadre de l'économie domestique privée, mais encore dans le cercle du moyen commerce et de la grande industrie. Il peut aussi bien être une opération commerciale qu'un contrat de droit civil et, alors, selon que la législation qui l'envisage établit ou non une distinction entre obligations civiles et obligations commerciales, être ou ne pas être soumis à un régime juridique spécial.

Pour qu'il y ait marché à façon, il faut que les matériaux nécessaires à la fabrication de la chose soient fournis par l'entrepreneur qui s'est chargé du travail ; dans le cas contraire, si l'ouvrier se borne à exercer son industrie sur la matière procurée par l'auteur de la commande, il y a purement et simplement louage d'ouvrage. Il y a également louage d'ouvrage lorsque l'ouvrier procure quelques accessoires, la matière principale étant fournie par le maître de l'ouvrage.

Il faut cependant qu'il s'agisse de la fabrication d'une

1. Ainsi on trouve dans les législations française et allemande, des règles spéciales pour les contrats conclus entre commerçants. De même les législations suisse et scandinave, qui, par principe, ne distinguent pas entre obligations civiles et obligations commerciales, comportent un certain nombre de dispositions particulières aux commerçants.

En Angleterre et aux Etats-Unis, où toute la réglementation des rapports juridiques procède des coutumes et des conceptions du commerce, l'application de certaines règles légales (délais pour livrer — garantie, par exemple) diffère selon qu'on est ou non en présence de commerçants exerçant leur profession.

chose corporelle mobilière, et ne constituent pas des marchés à façon les conventions par lesquelles un entrepreneur se charge de construire, pour le compte d'une personne, un ouvrage immobilier dont il doit fournir les matériaux : il y a alors simple louage d'ouvrage et d'industrie.

De plus, le marché à façon suppose la fabrication ou l'établissement d'une chose nouvelle ; s'il y a seulement transformation, amélioration ou manipulation d'une chose déjà existante, il n'y a pas marché à façon.

Le cordonnier qui ressemelle une chaussure, le peintre qui badigeonne une barque, le garagiste qui répare une roue ne font pas des contrats échappant à toute classification légale ; il n'y a pas ici marché à façon, mais simple louage d'ouvrage et d'industrie ; car la matière essentielle — le soulier, la barque, la voiture — est fournie par l'auteur de la commande ; les accessoires procurés par l'entrepreneur sont moins une fourniture, au sens juridique de ce mot, qu'un moyen d'exercer son activité et de faire le travail demandé.

L'ouvrier qui remet à son client la chose une fois terminée ne fait que lui restituer ce qui lui appartient ; on ne saurait trouver place ici pour un véritable transfert de propriété et on ne peut par suite considérer le contrat comme un marché à façon.

C'était déjà, dans l'Ancien Droit, l'opinion de Pothier¹, lorsqu'il déclarait : « Lorsque j'envoie chez mon tailleur de l'étoffe pour me faire un habit, quoique ce tailleur, outre sa façon, fournisse les boutons, le fil, même la doublure et les galons, notre marché n'en sera pas moins un contrat de louage parce que l'étoffe que je fournis, est ce qu'il y a de principal dans un habit ».

Cette notion de chose nouvelle, propre au marché à façon, n'est pas toujours facile à préciser : dans certaines hypothèses, on peut voir un marché à façon dans la commande qui est faite à un entrepreneur d'une partie distincte d'une chose divisible : c'est par exemple une hélice qui est commandée pour un bateau, une roue pour une voiture... Nous

1. Pothier, *Traité du louage*, n° 394, p. 134.

reviendrons ultérieurement sur les difficultés que soulève ce problème¹.

Les caractéristiques de cette convention — fabrication d'une chose nouvelle et fourniture de la matière première par l'entrepreneur — justifient une terminologie spéciale ; elles nous ont déterminé à qualifier le contrat par nous visé, de marché à façon².

La jurisprudence n'a pas toujours perçu cette coexistence dans le marché à façon de l'obligation de faire et de l'obligation de donner, et, selon les cas, elle a assimilé ce contrat à un louage d'ouvrage ou à une vente.

L'opération pourtant n'est pas un simple louage d'industrie : l'entrepreneur ne fournit pas seulement son travail ; il cède en outre à son contractant la propriété de matériaux qui lui appartiennent.

La qualification de vente — ou de vente à livrer, souvent employée en matière maritime³ — est également regrettable. Les mots « vente à livrer » mettent l'accent sur l'analogie que ce contrat présente avec le contrat de vente, sur l'obligation de donner qu'il impose au fabricant. Ils ne mettent pas en relief l'obligation de faire, tout aussi essentielle, qui s'impose à l'entrepreneur, étant donné que la chose sur laquelle porte le contrat n'existe pas encore au moment de la conclusion du contrat.

Si, prenant en considération la circonstance que la propriété de l'ouvrage ne pourra être transférée qu'à une date ultérieure, on peut, dans une certaine mesure, parler de vente à livrer, il n'en demeure pas moins que la création de la chose, objet du contrat, soulève des problèmes que la réglementation de la vente ne permet pas de résoudre.

On peut s'étonner devant la fréquence du marché à façon, de ne trouver dans le Code civil aucune réglementation de ce contrat ; ce n'est pas que le législateur de 1804 en ait

1. Cf. *infra*, p. 60 et suiv.

2. Cf. également, pour cette terminologie, Thaller et Percerou, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. I, n° 1053, p. 666.

3. Cf. Rennes, 24 janvier 1870, D. 1871.2.140 ; *id.* 23 juillet 1873, S. 1877.2.36 ; *id.* 27 avril 1877, S. 1878.2.70 ; Req. 10 juillet 1888, S. 1888.1.430 ; Amiens, 28 mars 1889, G.P., 1889.2.74 ; Trib. com. Fécamp, 17 août 1916, *Rec. Havre*, 1916-1917.2.90.

ignoré l'existence. De tout temps les hommes ont eu recours à autrui pour se procurer les objets qu'ils n'avaient ni le temps ni la capacité de fabriquer eux-mêmes. Mais à l'époque de l'élaboration du Code civil, le courant des échanges nationaux et internationaux était encore faible, et l'industrie n'avait encore pas pris l'ampleur qu'elle a connue depuis lors. Les relations économiques, restreintes dans leur nombre, étaient limitées dans le temps et l'espace et les variations de cours des marchandises étaient rares.

Par suite, les questions aujourd'hui essentielles qui se posent à propos du marché à façon (—spécification, garantie, résiliation du contrat —) offraient des difficultés moins considérables et étaient surtout plus faciles à résoudre; encore qu'on ne sût pas très bien à quel contrat nommé il convenait de rattacher le marché à façon.

Sans doute n'est-il pas besoin en Droit français où règne le principe de l'autonomie de la volonté, de faire nécessairement entrer les diverses conventions élaborées par les parties dans l'une quelconque des classifications prévues par le législateur; la qualification juridique du marché à façon présente un moindre intérêt aujourd'hui qu'en Droit romain où des raisons de procédure exigeaient que le demandeur indiquât le nom du contrat en vertu duquel il agissait.

Mais le nom d'un contrat n'est pas dépourvu d'intérêt dans notre droit; les règles que le Code civil édicte à propos des contrats spéciaux ne font pas qu'appliquer les principes généraux, et « la Cour de Cassation¹ intervient toujours pour vérifier si l'acte, en tenant pour constante la portée attribuée à ses clauses par l'interprétation des juges du fond, a été à bon droit rangé dans telle ou telle catégorie générale du droit des obligations »; elle impose en ce sens aux tribunaux l'obligation de donner aux conventions leur véritable qualification.

« Attendu que toutes les fois que la loi détermine les caractères distinctifs de l'acte², les arrêts, qui, tout en

1. Marty, *La distinction du fait et du droit*, p. 225.

2. Civ. 24 décembre 1888, D.P. 1889.1.415.

constatant en fait les mêmes caractères, néanmoins les méconnaissent en en faisant résulter un acte différent de celui caractérisé par la loi et consenti par les parties, violent non seulement les dispositions du contrat mais encore celles de la loi, et ils sont par conséquent soumis à la censure de la Cour de Cassation ».

Le travail d'ordonnancement juridique présente en effet des avantages, et permet notamment, grâce au jeu des dispositions interprétatives établies par le Code pour les divers contrats spéciaux, de régler la plupart des questions de détail que la volonté des parties n'a pas expressément prévues, tous les effets secondaires de la convention que, faute de temps, par négligence ou par ignorance, les contractants n'ont pas envisagés.

La plupart du temps les dispositions prévues par le Code pour les divers contrats spéciaux ne sont que la répétition et l'adaptation à un cas particulier d'un précepte général ou d'une règle interprétative commune à tous les contrats ; mais il arrive qu'elles établissent des principes généraux qui n'ont pas été mentionnés dans le titre « des obligations conventionnelles en général » : elles peuvent aussi s'en séparer et apporter, dans certains cas des solutions, sinon opposées, du moins différentes.

Malgré la ressemblance de la plupart des règles du louage et de la vente, malgré l'identité des effets qui résulterait, le cas échéant, de l'assimilation du marché à façon aux contrats voisins soit de louage, soit de vente, la détermination de la nature juridique de ce contrat n'est pas une pure discussion d'école : elle entraîne des conséquences pratiques.

Tout d'abord, les solutions ne seront pas les mêmes, en matière de faillite, selon qu'on rapprochera le marché à façon d'un louage d'ouvrage ou d'une vente. Dans le premier cas, le maître de l'ouvrage deviendra propriétaire de la chose au fur et à mesure de sa fabrication, dans la proportion des acomptes payés ; dans le deuxième cas, il s'agira d'une vente à livrer et la propriété ne sera transmise à l'auteur de la commande qu'au jour de l'achèvement ou de

la livraison de l'ouvrage. Si l'entrepreneur vient à tomber en faillite antérieurement à l'achèvement ou à la livraison, l'auteur de la commande pourra revendiquer la chose dans la première hypothèse ; il ne le pourra pas dans la seconde, et il risquera ainsi de perdre tout ou partie des acomptes versés. Sans doute dans certains cas, et notamment en matière maritime, fluviale ou aérienne, l'auteur de la commande, obligé de verser des acomptes, pourra-t-il éviter cet inconvénient en se faisant consentir une garantie hypothécaire, mais les hypothèques mobilières constituent une exception dans notre droit, et dans la plupart des commandes de machines ou d'autres effets corporels mobiliers, à défaut d'institution analogue au gage civil d'inscription belge, le créancier sera désarmé, et il devra subir la loi du concours dans la faillite de l'entrepreneur à qui il a avancé des sommes parfois considérables.

En ce qui concerne les risques, non plus de faillite, mais de perte ou de détérioration de la chose par cas fortuit ou force majeure, les principes du louage et ceux de la vente conduisent, *a priori*, au même résultat qui est d'en imposer la charge à l'entrepreneur. L'article 1788 dispose que « si la chose vient à périr de quelque manière que ce soit avant la livraison, la perte en est pour l'ouvrier, à moins que le maître ne fût en demeure de recevoir la chose ». Si on assimile le marché à façon à une vente, il s'agira de la vente d'une chose future et le risque qui, en matière de vente de chose certaine pèse dès la conclusion du contrat sur l'acheteur (art. 1583) ne passera à celui-ci qu'avec l'individualisation définitive de la chose ; la chose future n'est-elle pas individualisée dès qu'elle a une existence reconnaissable, même avant son achèvement et surtout sa livraison ? Jusqu'à ce moment, les risques incomberont à l'industriel, auteur de l'ouvrage.

Mais à supposer que la perte par force majeure, l'incendie par exemple de l'usine et des approvisionnements du fabricant, survienne avant l'échéance prévue pour la livraison, celui-ci doit être exonéré dès lors qu'il ne lui reste pas un délai suffisant pour recommencer l'exécution de l'ouvrage

au moyen de nouveaux achats de matières premières ; au contraire, le simple vendeur de choses fongibles ne serait pas libéré. Pourquoi ? C'est que le façonnier ne s'est pas seulement engagé à donner un objet manufacturé, il a promis de le fabriquer et si un événement qui ne lui est pas imputable lui rend l'exécution impossible, il est juste qu'il soit délié de son obligation.

C'est en fonction de ces principes qu'il faut apprécier la survenance d'une grève dans les ateliers de l'entrepreneur. A supposer que la grève se soit produite sans la faute du propriétaire de l'usine et qu'il n'ait pas été possible de remplacer en temps voulu par une autre équipe les ouvriers grévistes, « la grève constituera une cause de libération¹ si l'entrepreneur a traité comme manufacturier ; s'il a contracté en tant que vendeur, il ne sera pas libéré, car le vendeur de choses fongibles reste tenu aussi longtemps que n'est pas épuisé le stock de ces marchandises : il a seulement promis de donner, il n'a pas subordonné le maintien de son engagement à la possibilité de conditionner ce produit lui-même ».

Selon qu'on déclare le marché à façon vente ou louage d'ouvrage, la solution du problème des risques varie : la divergence s'accuse encore davantage lorsqu'on envisage l'obligation mise à la charge de l'entrepreneur-vendeur de garantir l'auteur de la commande à raison de défauts éventuels de la chose.

Si on considère que le marché à façon constitue une espèce de vente, les articles 1641 et suivants du Code civil s'appliqueront, et en particulier l'auteur de la commande aura un certain délai après la livraison pour invoquer les vices et intenter l'action en résiliation ou en réduction que lui confère l'article 1644, ces actions devant être intentées « dans un bref délai suivant la nature des vices et l'usage du lieu où la vente a été faite » (Art. 1648).

Si on considère au contraire que le marché à façon constitue un simple louage d'ouvrage, la vérification et l'agrément

1. Thaller et Percerou, *Traité élémentaire de droit commercial*, p. 667.

de la chose par l'auteur de la commande lors de sa réception supprimeront toute action en garantie à raison des défauts de l'ouvrage.

La question de savoir si le marché à façon est un contrat de louage ou un contrat de vente présente encore un certain nombre d'intérêts en ce qui concerne les modes d'extinction propres à cette convention, l'existence de certains privilèges ¹, la durée de la prescription du prix ², le montant des droits d'enregistrement, les conditions de preuve dans les droits anglais et américain, la compétence lorsqu'il s'agit d'un marché passé par ou pour le compte d'une autorité administrative ³.

Le marché à façon cependant est-il un contrat de louage d'ouvrage, ou est-il un contrat de vente ? Peut-on le ramener à l'un ou l'autre de ces types de contrats prévus par le Code civil ? La confusion du marché à façon avec l'un ou l'autre de ces deux contrats spéciaux, vente ou louage d'ouvrage, n'est pas toutefois pleinement satisfaisante. La réglementation tant de la vente que du louage d'ouvrage en effet ne s'adapte pas parfaitement aux exigences et aux nécessités du marché à façon.

En particulier, il arrive dans le marché à façon que le créancier doive participer à l'exécution du marché d'une manière active : il doit fournir à l'entrepreneur des indications sans lesquelles celui-ci ne pourrait exécuter son travail. Cette obligation (spécification), parfois essentielle dans le marché, n'est réglementée par aucun texte ni de la vente ni du louage. Pourra-t-on admettre au profit de l'entrepreneur une action en exécution de cette obligation de faire ? A défaut de spécification par l'auteur de la commande, l'ouvrier aura-t-il des moyens indirects de l'obtenir, la possibilité, sinon le droit, de l'opérer lui-même ? Les titres du louage ou de la vente ne répondent pas à ces questions

1. Cf. *infra*, p. 158 et suiv.

2. Cf. *infra*, p. 155 et suiv.

3. Cf. C.E., 13 juin 1860, D. 1860.3.67 ; Confl., 7 mai 1881, D. 1882.3.106 ; C.E., 12 juillet 1889, D. 1891.3.18.

et les principes généraux du droit donnent des solutions qui s'adaptent mal au caractère et au but du contrat ¹.

Il en est de même en ce qui concerne les effets de l'obligation de garantie à raison des vices de la chose ², et à cet égard, il faut assimiler au marché à façon l'hypothèse où, en matière de vente, le vendeur est en même temps le fabricant de la chose. Si on admet le principe de la garantie dans le marché à façon, ne doit-on pas imposer au fabricant une obligation de réparer les défauts de la chose aliénée lorsque cette réparation est facile à faire et n'entraîne pas des frais ou des inconvénients considérables ?

La personne qui transmet la propriété de la chose une fois terminée, est ici en même temps celle qui a fabriqué cette chose ; elle doit donc avoir à sa disposition tous les instruments et moyens nécessaires à la confection de la chose. A la différence du vendeur ordinaire, le vendeur fabricant ou l'entrepreneur est à même de réparer les vices de la chose, soit en remplaçant la pièce défectueuse, soit en apportant à l'ouvrage un complément de travail qui fera disparaître le défaut. Cette circonstance justifie des règles spéciales.

D'autre part, il existe, à l'encontre du fabricant-vendeur, une présomption en vertu de laquelle celui-ci est censé connaître les défauts de la chose qu'il a fabriquée ; cette présomption, qui ne pèse pas sur le vendeur ordinaire, peut exercer une influence sur la validité de certaines clauses concernant la garantie ³.

Le marché à façon enfin exige d'être soumis à des causes d'extinction propres, et on ne saurait, à cet égard, se contenter simplement des dispositions du droit commun ou de celles de la vente ou du louage d'ouvrage. Notamment si, dès avant l'échéance prévue pour la livraison ⁴, il devient certain que l'une des parties n'exécutera pas le marché selon les conditions stipulées au contrat, il est normal que l'autre partie se voie reconnaître le droit d'exiger

1. Cf. *infra*, p. 67 et suiv.

2. Cf. *infra*, p. 131 et suiv.

3. Cf. *infra*, p. 122 et suiv.

4. Cf. *infra*, p. 83 et suiv., p. 163 et suiv.

la résolution immédiate du marché et qu'elle puisse recourir sans délai au remplacement lorsque celui-ci est possible.

Il faut remarquer en outre que, ordinairement, la résiliation du marché à façon causera au fabricant-vendeur un préjudice plus considérable que la rupture d'un contrat ne le fait habituellement au débiteur. L'ouvrier, victime de la résiliation, ne trouvera que difficilement un acheteur pour remplacer le contractant primitif défaillant, et ceci d'autant plus que la chose commandée sera plus particulière et moins courante. Il convient donc en conséquence de limiter, dans la mesure du possible, les cas de résiliation du marché à façon, et chaque fois que l'objet sera fabriqué ou en vue d'une destination spéciale, ou selon des directives propres de l'auteur de la commande, d'obliger celui-ci à prendre livraison de l'objet une fois terminé. L'exécution en nature présente un plus grand intérêt dans le marché à façon que dans la plupart des ventes, tant pour l'un que pour l'autre contractant.

Le marché à façon n'est pas réglementé spécialement par la loi. L'absence de réglementation se fait toutefois moins sentir qu'on ne pourrait le supposer. « Le commerce mondial, écrit M. Rabel¹, a créé un réseau formidable de clauses, contrats-types et conditions générales d'affaires : il a de cette manière édifié une réglementation autonome qui s'est plus ou moins libérée des lois internationales et du droit international privé, et il se soucie d'autant moins des prescriptions des lois nationales que l'arbitrage se développe et juge selon d'autres mesures que les tribunaux de l'ordre judiciaire établis par les Etats ».

Pour un grand nombre de matières, le droit émane moins des lois nationales que d'un système qui n'est pas l'œuvre de juristes, d'un système qui résulte des contrats courants.

De nos jours, les diverses catégories d'assurances sont réglées d'une façon à peu près uniforme dans la plupart des pays par des polices-types, et en France la loi du 13 juillet 1930 n'a fait que ratifier, dans l'ensemble, les usages habi-

1. Rabel, *Das internationale Warenkauf*, I, p. 36.

tuellement consacrés. De même encore les différentes ventes commerciales du droit maritime (ventes C.A.F., ventes F.O.B.), sont principalement réglées par des formulaires¹.

De leur côté, les grandes entreprises de construction de navires, de confection de vêtements, de fabrication de machines ou de mobilier sur commande, ont établi des contrats-types qui prévoient et tranchent la plupart des questions et des difficultés que peut susciter le marché.

Ce sont les clauses de ces formulaires qui plus encore que les dispositions du Code fixent le moment du transfert de propriété ou de déplacement des risques, et précisent les conditions de réparation des défauts éventuels de la chose. Ce sont les dispositions de ces cahiers-types qui indiquent les modes d'extinction propres à ce contrat et qui limitent les hypothèses de résiliation.

Si remarquable que paraisse cette création spontanée d'un droit du commerce « autonome », elle n'en présente pas moins certaines faiblesses. Bien des formulaires demeurent obscurs, pleins de lacunes et de contradictions, et laissent place au doute sur un nombre de points importants. De plus, les parties ne lisent ordinairement pas avant de les signer, les interminables conditions générales d'affaires imprimées et elles n'ont jamais qu'une connaissance confuse de la portée de toutes les clauses, si bien qu'on peut difficilement qualifier « d'usages commerciaux » la majorité de ces stipulations constamment adoptées.

On doit même se demander si, dans une certaine mesure, on ne se trouve pas ici en présence d'un véritable contrat d'adhésion et si la volonté des parties n'est pas, le plus souvent, du moins en ce qui concerne l'auteur de la commande, impuissante à modifier ces règles coutumières ; une intervention du législateur s'avérerait alors utile pour assurer, d'une façon efficace, la protection des contractants socialement ou économiquement plus faibles.

Malgré l'existence de contrats-types et de formulaires, le marché à façon a besoin d'une réglementation légale, soit qu'il s'agisse de réprimer les abus des formulaires, soit qu'il

1. Cf. Chauveau, *Traité théorique et pratique des ventes maritimes*.

s'agisse, en l'absence de formulaires, de suppléer à l'insuffisance de la convention des parties. Pour toutes les conditions et tous les effets qui n'auront pas été expressément prévus par la convention, quelles sont aujourd'hui les règles de droit applicables ? Les dispositions impératives ou supplétives, stipulées par le législateur pour les contrats voisins de vente ou de louage d'ouvrage peuvent-elles jouer pour le marché à façon ? C'est ce que nous examinerons en recherchant dans une première partie la nature juridique du marché à façon. Nous étudierons ensuite la réglementation technique du marché à façon : ses conditions de formation (Ch. I), ses effets (Ch. II), ses modes d'extinction (Ch. III).

Première partie : Nature juridique du marché à façon.

Seconde partie : Réglementation technique du marché à façon.

PREMIÈRE PARTIE

Nature juridique du marché à façon

Le marché à façon est un type de contrat si ancien qu'on peut s'étonner de voir encore des doutes s'élever sur sa véritable nature juridique.

Primitivement, à l'époque de l'économie domestique privée, celui qui confectionnait un vêtement, qui créait une machine agricole ou frappait une arme, exécutait son travail le plus souvent au moyen de matériaux qui lui étaient fournis par l'auteur de la commande, ordinairement le chef de famille lui-même, propriétaire de tout le patrimoine de la domus : il y avait alors simple louage d'ouvrage.

Avec l'évolution des mœurs et l'extension progressive du cercle familial, on dut de plus en plus avoir recours aux voisins pour se procurer les objets que les proches ne pouvaient ou ne savaient plus faire, et si on continuait à donner au façonnier des directives pour la conduite de son travail et des instructions pour que la chose terminée correspondît bien à ce que l'auteur de la commande attendait, on laissait habituellement à l'ouvrier le soin de se procurer les matières premières nécessaires à l'exécution de l'ouvrage : on n'était plus en face d'un véritable louage d'ouvrage et d'industrie, on n'était pas encore en présence d'une vente : le marché à façon était né.

Quelle en est alors la nature juridique ?

Cette question avait déjà préoccupé les jurisconsultes

du Droit romain, qui hésitaient à attribuer à cette opération les caractères d'une *locatio operis faciendi*, convention par laquelle un conducteur se chargeait, moyennant un prix fixé d'avance, d'exécuter convenablement un travail commandé par un *locator*¹.

« Il est en effet des hypothèses, déclare Karlowa², où l'on doute s'il y a *locatio operis faciendi*. Il y a indubitablement *locatio operis* dans le cas où les matériaux nécessaires à l'exécution du marché, c'est-à-dire à la fabrication de la chose, sont fournis par le maître de l'ouvrage ; lorsque, au contraire, la matière doit être procurée par celui qui doit fabriquer la chose, on se demande s'il n'existe pas, à la charge du fabricant une double obligation : celle de *dare* les matériaux et celle de *dare* son industrie. Il n'y aurait pas alors « *unum negotium* », mais contrat mixte : vente des fournitures et *locatio operarum* selon les uns, *locatio operis* selon d'autres. Pour la plupart des juristes cependant il n'y a là qu'un seul contrat, *unum negotium*, la vente d'une chose une fois faite ; ce que les parties ont eu essentiellement en vue lors de la conclusion du contrat, c'est la cession de la chose une fois fabriquée : le travail nécessaire à l'obtention de ce but n'est pas considéré en soi dans le contrat et n'est pas rémunéré comme tel, mais seulement en tant que facteur accroissant la valeur de la chose où il s'incorpore. Dans la *locatio operis* au contraire, la *merces* représente avant tout le travail productif du résultat ».

En Droit romain, la *locatio operis faciendi* suppose donc nécessairement qu'une chose, en général la matière première, a été remise par son propriétaire à l'entrepreneur. Cette opinion n'a pas été toutefois consacrée sans résistance ; analysant la convention d'une façon minutieuse, Cassius estimait³ que l'opération était complexe et contenait à la fois vente des marchandises et louage du travail, et il proposait de donner en conséquence distributivement les actions des deux contrats.

1. Cf. Cuq, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, p. 487 ; Girard, *Traité de droit romain*, p. 606, note 5 ; Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 213.

2. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, p. 647.

3. Cassius, *Inst.*, III, 24-4.

Cette distinction, peut-être rationnelle, n'était pas pratique dans un temps où le formalisme de la procédure exigeait la qualification exacte et rigoureuse du contrat en vertu duquel l'action était intentée ; aussi Justinien adopta-t-il la solution simpliste déjà proposée par Sabinus qui considère l'opération comme une vente¹, sauf dans l'hypothèse où il s'agit de la construction d'un édifice, auquel cas, malgré la fourniture de matériaux, l'entrepreneur continue à faire un contrat de louage².

« *Item quaeritur, est-il dit aux Institutes³, si cum aurifice Titius convenerit ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae annulos ei faceret et accipieret, verbi gratia decem aureos, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahi videatur. Cassius ait materiae quidem emptionem et venditionem contrahi, operae autem locationem et conductionem. Sed placuit tantum emptionem et venditionem contrahi* ».

A l'appui de cette doctrine, les interprètes faisaient remarquer qu'il y a peu de différence entre la vente d'objets déjà fabriqués et la convention par laquelle un artisan s'engage à livrer pour un certain prix des objets qu'il doit fabriquer avec sa matière. Toutefois on admettait à cette règle un tempérament : si la matière principale était fournie par le maître de l'ouvrage et que l'ouvrier n'avait eu qu'à fournir des accessoires sans grande valeur ou importance, l'opération conservait son caractère de louage d'ouvrage ou d'industrie.

Héritier pour une large part du Droit romain, notre Ancien Droit français reprend les mêmes conclusions : « le preneur, déclare Domat⁴, est quelquefois seulement chargé d'un simple ouvrage, comme un graveur à qui on donne un cachet à graver ; ou d'un simple travail comme un voiturier, ou de fournir la matière de l'ouvrage avec son travail comme un architecte qui fournit et sa conduite et les matériaux. Si l'ouvrier donne toute la matière et son ouvrage, tel qu'il en a été convenu pour un certain prix, comme si un orfèvre

1. Gaius, III-147 ; Javolenus, D. 18.1.65 ; Pomponius, D. 18.1.20.

2. Pomponius, D. 18.1.20 ; Paul, D. 19.2.22.

3. Gaius, III, 147 ; Justinien, *Instit.*, III.24.

4. Domat, *Les lois civiles*, I, p. 215.

se charge de faire de la vaisselle d'argent de telle façon et pour un tel prix et fournit l'argent, ce sera une vente et non un louage ou bien un prix fait. Il faut remarquer sur les cas dont il est parlé dans cet article et les autres semblables que de pareils marchés renferment la condition que l'ouvrage sera bien fait, on peut dire que dans le temps de la convention, c'est comme un louage et un bail à prix fait et que dans l'exécution c'est comme une vente. Ce qui avait donné sujet au doute dont il est parlé dans les textes cités sur cet article si c'était une vente ou un louage ».

C'est en s'appuyant sur les mêmes principes que Domat ajoute : « Si un architecte qui entreprend un bâtiment se charge de fournir les matériaux, ce sera un louage et non une vente, quoiqu'il semble vendre ses matériaux ; car outre que sa principale obligation est de donner sa conduite pour le bâtiment, il ne vend pas le fonds dont le bâtiment n'est qu'un accessoire... Si tout ce qui doit être fait ou fourni par l'entrepreneur n'est pas expressément réglé par la convention, comme si la qualité de la matière qu'il doit fournir ou celle de l'ouvrage n'est pas exprimée ou le temps marqué, toutes ces choses et les autres semblables seront réglées ou par l'usage s'il y en a ou par l'avis de personnes expertes ».

Discernant dans l'opération l'élément louage et l'élément vente, Pothier se rallie au même système de l'élément prépondérant : « Observez, écrit-il ¹, que pour qu'un contrat soit un contrat de louage, il suffit que je fournisse à l'ouvrier la principale matière qui doit entrer dans la composition de l'ouvrage : quoique l'ouvrier fournisse le surplus, le contrat n'en est pas moins un contrat de louage.

On peut, ajoute-t-il, apporter plusieurs exemples de ce principe. Lorsque j'envoie chez mon tailleur de l'étoffe pour me faire un habit, quoique le tailleur, outre la façon, fournisse les boutons, le fil, et même les doublures et les galons notre marché n'en sera pas moins un contrat de louage, parce que l'étoffe que je fournis est ce qu'il y a de principal dans un habit.

1. Pothier, *Traité du louage*, n° 394 et suiv.

Pareillement, le marché que j'ai fait avec un entrepreneur pour qu'il me construise une maison ne laisse pas d'être un contrat de louage, quoique par notre marché, il doive fournir les matériaux, parce que le terrain que je fournis pour y construire la maison est ce qu'il y a de principal dans une maison, *quum aedificium solo cedat* ».

Dans le cas contraire, si l'ouvrier fournit la matière principale, il semble qu'il devrait y avoir vente ; l'élément louage occupe en cette convention quelque place, mais il est tellement secondaire par rapport à l'obligation de livrer la matière qu'il est en quelque sorte absorbé par cette dernière et qu'il est de règle de donner à une convention le caractère et le nom déterminé par l'élément prépondérant.

L'Ancien Droit français a donc pris, en ce qui concerne la nature juridique de cette convention, une position très précise et pleinement conforme aux solutions du Droit romain : le contrat sera une vente ou un louage selon que l'ouvrier fournit ou non, outre son travail, la matière principale nécessaire à la confection de l'ouvrage.

Cette règle semble bien être celle que le législateur de 1804 a voulu adopter. L'article 1711 du Code civil stipule en effet que « les devis et marchés pour l'entreprise d'un ouvrage moyennant un prix déterminé sont aussi un louage lorsque la matière est fournie par celui pour qui l'ouvrage se fait ». Ce qui laisse supposer, par un raisonnement *a contrario*, que si c'est l'entrepreneur qui fournit lui-même la matière, l'opération ne peut pas être assimilée à un contrat de louage ; on serait alors en présence d'une espèce de vente.

Mais cette présomption est renversée par les termes de l'article 1787, qui ne fait aucune distinction, et classe l'opération, quelle que soit l'origine des matériaux nécessaires à la confection de l'ouvrage, parmi les devis et marchés, c'est-à-dire parmi les variétés du contrat de louage. « Lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matière ».

En assimilant le marché à façon au louage d'ouvrage, le législateur aurait-il rompu avec la tradition du Droit romain et de l'Ancien Droit ? Cela peut étonner et il faut

constater que les tribunaux n'ont pas suivi sans réserve le Code civil.

Il convient en conséquence de rechercher dans la doctrine et la jurisprudence si cette rupture est réelle et quelle est, devant la difficulté de concilier les articles 1711 et 1787 du Code civil, la vraie nature du marché à façon.

Nous le ferons en faisant appel, le cas échéant, aux lumières du Droit comparé, le même problème s'étant posé sous des formes sensiblement analogues dans les divers pays.

Les théories élaborées pour tenter de placer le marché à façon dans le cadre d'un système juridique préexistant, pour le ramener à un contrat spécial ou pour en déterminer la nature dans un compromis sont nombreuses. On peut les classer en deux grandes catégories : d'une part celle des systèmes absolus qui voient dans le marché à façon soit un contrat de louage d'industrie soit une vente pure et simple, soit, selon l'élément qui prédomine, une vente ou un louage, d'autre part, celle des systèmes mixtes, qui, approfondissant davantage les caractères du marché à façon, son but et son rôle économique, déclarent qu'on est ici en présence d'un contrat complexe, successivement louage et vente pour les uns, à la fois vente et louage pour d'autres.

Nous examinerons dans un premier chapitre ces diverses théories et dans un deuxième chapitre, nous indiquerons la nature qu'il convient d'attribuer au marché à façon.

CHAPITRE PREMIER

LES DIVERSES THÉORIES ET LEUR CRITIQUE

Section I

Les systèmes absolus

§ — 1. *Le marché à façon est un louage d'ouvrage*

« Lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie ou bien qu'il fournira aussi la matière ». L'article 1787, au titre du louage, met les deux hypothèses sur le même plan et les range sous la rubrique des devis et marchés, catégorie du louage d'ouvrage.

La question semble donc n'offrir aucune difficulté ; si on envisage le contrat en lui-même, abstraction faite des textes qui le régissent, on est amené à y voir également un véritable contrat d'entreprise. L'ouvrier s'engage à faire un travail déterminé : il a été choisi par l'auteur de la commande en raison de ses connaissances, de son talent, de ses aptitudes à produire dans les meilleures conditions un objet peut-être difficile à réaliser, très délicat ou très précieux. Le but du contrat, ce qui intéresse le maître de l'ouvrage, c'est la confection de la chose par l'entrepreneur et sa livraison, une fois que celle-ci sera achevée, conformément aux stipulations de la commande : la fourniture des matériaux par l'ouvrier est secondaire, ce n'est que le moyen d'accomplir le travail promis.

Dans le contrat de vente, au contraire, l'objet du contrat,

c'est une chose que l'une des parties se propose d'acheter et l'autre de vendre : le vendeur ne prend aucun engagement d'effectuer un travail.

A considérer même que ce que les parties ont pris en considération lorsqu'elles ont contracté, c'est la chose une fois faite, que ce que désire l'auteur de la commande, c'est le transfert de propriété de l'objet fabriqué, il n'en demeure pas moins que lors de la conclusion du contrat, la chose n'existe pas encore. Le façonnier devra appliquer aux matières premières qu'il fournira son activité pour en extraire l'objet du contrat : comment ne pas tenir compte de cette obligation de faire qui lui incombe ? Comment trouver dans la réglementation de la vente les éléments qui permettront de résoudre les difficultés qui pourront naître à l'occasion de cette fabrication, à propos de l'exécution de cette prestation de travail sans laquelle la chose ne saurait être ?

Il semble donc rationnel de rattacher le marché à façon au louage d'ouvrage et d'industrie.

C'est du reste la solution préconisée par un certain nombre d'arrêts, à la vérité déjà un peu anciens. La jurisprudence est en particulier intervenue à propos de l'exercice du droit de résiliation par volonté unilatérale prévu par l'article 1794.

Si l'opération se résout en une vente, l'article 1794, spécial au louage, ne saurait recevoir application ; si, au contraire, le marché à façon est une variété de louage, il n'y a aucune raison de refuser au maître de l'ouvrage la faculté que lui concède l'article 1794.

Dans un arrêt du 5 janvier 1897, la Chambre civile de la Cour de Cassation¹ a adopté ce dernier point de vue : « attendu, déclare-t-elle, que l'article 1787 porte qu'on peut convenir du travail seulement ou du travail et de la fourniture de la matière ; attendu que l'article 1794 dispose que le maître peut résilier par sa simple volonté le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette

1. Ch. civ., 5 janvier 1897, D. 1897.1.89.

entreprise ; attendu que ce texte ne fait pas de distinction entre les deux sortes de marchés et que les raisons qui en ont motivé les dispositions sont identiques, que l'ouvrier fournisse la matière de l'ouvrage et son travail ou qu'il ne fournisse que son travail ... attendu qu'il suit de là qu'en refusant d'appliquer l'article 1794 à la commande des trois machines passée par la Compagnie Parisienne de l'Air comprimé par ce motif que la matière étant fournie par les fabricants, le marché avait surtout les caractères d'une vente ... »

La Cour d'appel d'Orléans, appelée à statuer sur renvoi, se prononce dans le même sens¹ : « Attendu que, en s'obligeant à construire des machines, les fabricants n'ont pas uniquement vendu la matière nécessaire pour la confection des machines, mais qu'ils ont engagé en même temps et surtout leur industrie, destinée à transformer la matière en un mécanisme jouissant d'une valeur bien supérieure à la valeur des métaux dont leur art devait le tirer ; qu'en fournissant la matière et leur industrie à la fois, ils ont fait un des deux marchés définis par l'article 1787 ... ».

Dans un domaine voisin, en ce qui concerne le délai d'exercice des actions en réclamation à raison des défauts de la chose, la Cour de Gand a refusé d'assimiler le marché à façon à une vente² : « Attendu que les appelants se sont engagés à construire pour l'intimé, moyennant un prix global fixé d'avance certains appareils ou engins soigneusement décrits et ce dans des proportions et avec des matériaux déterminés ; — Attendu qu'une telle convention n'est pas une vente, qu'elle rentre dans la catégorie des devis et marchés des articles 1787 et suiv. et que par suite le délai de l'article 1648 est inapplicable... ».

Toutefois, cette confusion du marché à façon avec le louage d'ouvrage est loin de rallier une adhésion totale de la doctrine et de la jurisprudence.

Aux termes si précis de l'article 1787, on oppose le texte plus fuyant de l'article 1711 qui ne semble se prononcer

1. Orléans, 7 juillet 1897, S. 1898.2.31.

2. Gand, 19 juillet 1882, *Pasicrisie belge*, 1882.2.384.

en faveur de l'assimilation du marché à façon au louage que lorsque la matière est fournie par l'auteur de la commande. « Les devis et marchés pour l'entreprise d'un ouvrage moyennant un prix déterminé sont aussi un louage lorsque la matière est fournie par celui pour qui l'ouvrage se fait ».

Mais surtout on invoque à l'encontre de la solution de l'article 1787 la force de la tradition : l'Ancien Droit, comme le Droit romain, déclarait qu'il y avait non pas louage, mais vente lorsque les matériaux principaux nécessaires à la confection de l'ouvrage étaient fournis par l'entrepreneur et il peut paraître surprenant que, sans le dire expressément, le législateur se soit écarté de la règle coutumière.

Si on se réfère aux travaux préparatoires du Code civil, on voit qu'il n'en est rien : « Dans le projet du Code civil, nous rapporte Mouricault¹, l'article 1787 était ainsi complété : dans le premier cas c'est un pur louage, dans le second cas c'est la vente d'une chose une fois faite : lorsque l'ouvrier fournit la matière, en effet, le contrat se rapproche de la vente puisque c'est la chose entière, matière et travail réunis, que l'ouvrier s'est engagé à fournir au prix convenu ».

S'il y a louage d'ouvrage, lorsque la matière est procurée par le maître, le marché à façon doit être considéré comme une vente dès lors que celle-ci est fournie par le fabricant de la chose.

Cette conception a tenté par sa simplicité même certains auteurs et inspiré de nombreux arrêts : il convient donc d'examiner si on peut l'adopter sans réserve.

§ 2. — *Le marché à façon est une vente*

Prenant pour point de départ l'opposé de la thèse précédente, cette doctrine déclare que ce que les parties ont eu en vue lors de la conclusion du contrat, ce n'est pas le travail nécessaire au fabricant pour transformer selon les termes de la convention en chose ouvrée la matière qu'il s'est engagé à fournir, mais cette chose même achevée, et

1. Locré, *Législation civile*, t. XIV p. 492.

en tous points conforme aux désirs ou aux ordres de l'auteur de la commande.

« Considérant, lit-on dans un arrêt de la Cour d'appel de Rennes¹, que la chose faisant l'objet du marché n'existait pas au moment où il a été conclu ; qu'elle était toute entière à créer et non susceptible de transmission immédiate ; que d'une part, ce que A. achetait, c'était un navire achevé, parfait, en état de servir à sa destination, qu'il aurait le droit d'accepter s'il était conforme au devis et réunissait les qualités requises ou de refuser s'il ne satisfaisait pas à toutes les conditions d'une bonne navigation ; et d'autre part ce que B. vendait, c'était non une portion quelconque de navire à quelque degré d'avancement, qu'il fût parvenu, mais un bâtiment terminé, complet dans toutes ses parties et prêt à prendre la mer ».

Peu important à l'auteur de la commande les modalités ou les péripéties de la fabrication : ce qu'il veut, c'est acquérir la propriété d'une chose terminée contre un prix qu'il s'est proposé de donner à celui qui la lui procurera.

L'objet du contrat pour le fabricant, ce n'est pas le travail ou la matière à ouvrer pris isolément, c'est la chose que son art aura produite ; c'est le tout, qui n'a d'intérêt pour l'autre partie que dans la mesure où il est achevé. Ce n'est qu'en échange de cet ouvrage terminé, qui comprend à la fois la matière et le travail, que ce dernier consentira à payer la rémunération promise.

Pour qu'une vente soit valable, point n'est besoin que l'objet soit certain et déterminé au moment de la conclusion du contrat : il suffit qu'il puisse ultérieurement être déterminé et l'article 1130 du Code civil stipule expressément qu'un contrat de vente peut porter sur une chose future dès lors qu'il ne s'agit pas d'une succession non ouverte.

Le marché à façon, convention par laquelle un entrepreneur s'engage, moyennant un prix déterminé, à fabriquer une chose et à en transférer la propriété à l'auteur de la commande, constitue alors une catégorie de la vente.

L'objet n'existant pas encore au moment de l'échange des

1. Rennes, 24 janvier 1870, D. 1871.2.140.

consentements, on n'est pas en présence d'une vente pure et simple, mais d'une vente à terme, ou, selon l'expression de la jurisprudence, d'une vente à livrer.

Au demeurant, quelle différence fondamentale peut-on discerner entre la vente d'objets préparés d'avance et le marché portant sur des objets à fabriquer ? Spécialement en matière de conventions sur choses fongibles, quel intérêt peut-on découvrir dans une telle distinction ? On ne le voit guère et c'est ce qui explique le succès de ce système dans la doctrine, la jurisprudence et les législations étrangères.

« Considérant, lit-on dans l'arrêt précité de la Cour d'appel de Rennes¹, que le constructeur du navire s'étant obligé, moyennant un prix déterminé et fixe, à fournir non seulement le travail mais encore tous les matériaux, la convention n'était pas seulement un louage d'industrie, mais constituait principalement un marché ou devis à forfait, c'est-à-dire une vente à livrer ».

De même, dans un jugement du Tribunal civil de Bruxelles en date du 18 novembre 1885, à propos d'une affaire de brevet d'invention on peut lire² : « Attendu que le contrat d'entreprise est un contrat spécial qui, lorsque le maître de l'ouvrage ne fournit pas la matière, doit être considéré comme une vente, au sens usuel de ce mot et interprété d'après les règles du contrat de ce nom ».

La même doctrine se retrouve dans un arrêt de la Cour de Gand en date du 16 janvier 1886 d'une façon particulièrement précise³ : « Attendu qu'on ne peut conclure de ce que l'article 1787 figure dans le Code au chapitre du louage d'ouvrage, que la double manière définie à cette disposition de négocier une entreprise d'ouvrage à prix fait participe de la nature de ce contrat puisque, à l'article 1711 qui se trouve parmi les dispositions générales sur le contrat de louage, le législateur n'a considéré comme tels que les devis ou marchés pour l'entreprise d'un ouvrage dans lequel la matière est fournie par celui pour qui l'ouvrage est effectué ; attendu que cette disposition, évidemment limi-

1. Rennes, 24 janvier 1870, D. 1871.2.140.

2. Bruxelles, 18 novembre 1885, *Pasicrisie belge*, 1885.3.77.

3. Gand, 16 janvier 1886, D. 1887.2.157.

tative, est en complète harmonie avec les déclarations qui ont précédé l'adoption définitive de l'art. 1787; qu'il est certain que la première rédaction de cet article, après l'énoncé de ces deux modes de conclure une entreprise d'ouvrage, caractérisait expressément comme « pur louage » la convention laissant la fourniture de la matière à la charge de celui qui aurait fait la commande, tandis qu'elle qualifiait de « vente d'une chose une fois faite » l'entreprise dans laquelle, l'ouvrier outre son travail, devait fournir lui-même la matière destinée à la confection de l'ouvrage,... que cette partie de l'article 1787 ne fut supprimée, sur la proposition du Tribunal que pour le motif qu'elle constituait bien plus une appréciation doctrinale qu'une disposition législative, si bien qu'il est hors de doute que cette appréciation juridique, conforme à celle des auteurs des lois romaines est restée celle du législateur du Code civil. Attendu que les principes du contrat de vente doivent prévaloir en l'occurrence ... ».

Un jugement du Tribunal civil de la Seine¹ est encore venu confirmer cette thèse en déclarant que « le contrat par lequel un tailleur fournit une étoffe et la façonne, est non pas un louage d'industrie mais une vente ».

C'est encore en ce sens que se prononcent également un certain nombre de législations étrangères.

La loi scandinave de 1905 sur la vente et l'échange de marchandises déclare dans son article 2 : « Lorsque quelqu'un stipule d'une autre personne que celle-ci devra, contre une compensation en argent, fabriquer une chose dont elle fournira la matière, le contrat doit être considéré comme une vente de marchandise, excepté lorsqu'il s'agit de la construction d'une maison, d'une canalisation d'eau ou d'autres ouvrages immobiliers ».

La même solution est consacrée, sous certaines réserves que nous examinerons ultérieurement², par l'article 651 du Code civil allemand : « lorsque l'entrepreneur s'oblige à confectionner l'ouvrage au moyen d'une matière dont la transformation lui incombe, il est tenu d'abandonner la

1. Trib. civ. de la Seine, 6 avril 1925, *Gaz. Trib.*, 10 octobre 1925.

2. Cf. *infra*, p. 32.

chose fabriquée à l'auteur de la commande et de lui procurer la propriété sur la chose : pareil contrat est soumis aux dispositions concernant la vente ...».

L'article 381 du Code de commerce allemand confirme ce point de vue en appliquant dans tous les cas les dispositions de la vente commerciale au marché lorsque le contrat est commercial.

Le Projet de loi internationale sur la vente élaboré en 1935 par l'Institut international de Rome pour l'unification du Droit privé assimile aussi au contrat de vente le marché à façon. Art. 2 : « Pour l'application de la loi sont assimilés aux ventes, les contrats de livraison d'objets mobiliers corporels à fabriquer ou à produire lorsque la partie qui s'oblige à livrer doit fournir les matières principales nécessaires à la fabrication ou à la production ».

Cette assimilation plus ou moins radicale du marché à façon au [contrat de vente ne doit pas cependant être accueillie.

Même si on considère qu'il y a là une vente à livrer, c'est-à-dire une vente dans laquelle le transfert de propriété est retardé jusqu'au jour de l'individualisation et de la délivrance de la chose une fois faite, on néglige une partie très importante de la convention.

On n'envisage que le but final du contrat, le transfert de propriété de la chose achevée, on oublie l'obligation imposée à l'entrepreneur de confectionner l'ouvrage ; l'obligation de faire n'est pas ici, comme on l'a prétendu, un simple accessoire de l'obligation de donner, elle en est la base et la précède. L'élément travail ne saurait être complètement écarté : il est indispensable à la validité même du contrat puisque créateur de l'objet de celui-ci.

Or l'assimilation pure et simple du marché à façon à la vente ne tient aucunement compte de ce facteur : aucun des articles 1582 et suivants n'envisage ni ne résout les problèmes que peut susciter l'exécution de cette prestation de travail.

Si dans certaines hypothèses, en effet, la notion de travail ne joue qu'un rôle restreint, comme par exemple lorsqu'il

s'agit de la commande à une usine d'objets manufacturés ordinaires qui pourraient aussi bien être demandés à une autre entreprise ou être trouvés tout faits ailleurs, parfois il sera difficile de faire abstraction de la qualité et de l'importance de la main-d'œuvre : ce sera en particulier le cas lorsqu'on se trouvera en face de marchés portant sur la fabrication de choses non fongibles pour lesquelles les directives spéciales ont été données par l'auteur de la commande et pour lesquelles la considération de la personne de l'entrepreneur a joué un rôle prépondérant.

A d'autres points de vue également, en particulier à propos de l'exercice de la faculté de résiliation par volonté unilatérale du maître concédée par l'article 1794, de la dissolution du contrat lors de la mort de l'ouvrier, de la possibilité d'agir autrement que par la voie des actions réhabilitoires ou *quantum minoris* de l'article 1648, lorsque la chose livrée par le fabricant présente des défauts qui peuvent être réparés ou supprimés, l'application de certaines règles du louage d'ouvrage au marché à façon serait souhaitable et c'est ce qui explique la présence à côté des théories qui confondent ce contrat avec le louage ou avec la vente, d'un système selon lequel il y aurait là tantôt un louage tantôt une vente.

§ 3. — *Le marché à façon est tantôt un louage, tantôt une vente.*

Ce système paraît concilier d'une façon heureuse les théories précédentes : assez souple, il tient compte, mieux que ces dernières, de l'existence dans le marché à façon de la fourniture de la matière par l'ouvrier et de l'industrie de celui-ci.

Mais la question se pose alors de savoir quand il faudra considérer le contrat comme une vente, quand il faudra au contraire y voir un simple louage d'ouvrage.

Certains à l'exemple de la jurisprudence suisse recherchent le critérium de la distinction dans la volonté des parties.

« Contrairement au droit commun, écrit Rossel¹, il faut

1. Rossel, *Droit fédéral des obligations* (1920), p. 443 et suiv.

considérer comme un contrat d'entreprise, d'après l'article 363 C. O. suisse, la convention aux termes de laquelle une des parties s'engage à exécuter un ouvrage moyennant une rémunération et cela alors même que c'est l'entrepreneur et non point le maître de l'ouvrage qui fournit la matière, quoiqu'on ne puisse assimiler à une *locatio operis* tout contrat ayant pour objet la livraison d'une chose non encore confectionnée contre le paiement d'un prix. Un semblable contrat serait juridiquement une vente lorsque les parties ont en vue la délivrance d'un ouvrage terminé tandis que les articles 363 et suivants sont applicables dès que c'est le travail nécessaire à la production ou à la fabrication de telle ou telle chose qui forme l'objet de la convention ».

Mais, et lui-même le reconnaît, cette intention des contractants demeure bien souvent très obscure et il ajoute :

« C'est au reste avec la vente que le contrat d'entreprise a le plus d'analogie en raison du fait précisément qu'il ne sera pas toujours aisé de savoir si l'objet du contrat conclu entre les parties est la délivrance d'une chose terminée plutôt que le travail nécessaire à la création de cette chose ».

On ne saurait se contenter d'un critérium aussi peu précis pour déterminer la nature juridique du marché à façon. Il faut également repousser celui adopté pendant longtemps par la jurisprudence anglaise et qui consiste à considérer le résultat objectif du contrat. M. Justice Blackburn l'expose dans son jugement, dans l'affaire *Lee V. Griffin* où il s'agissait de savoir si un dentiste pouvait ou non agir en paiement de fausses dents qu'il avait fournies ; en vertu des règles spéciales de preuve du droit anglais, son action devait échouer si la convention était une vente : elle était recevable si le contrat était un louage d'ouvrage. Blackburn J. déclare¹ : « Si le contrat est tel que lors de son exécution son effet est la vente d'un bien mobilier, il n'y a pas louage d'ouvrage ; si au contraire le travail fourni n'a pas pour résultat une autre chose qui puisse faire l'objet d'une vente, il n'y a pas vente ».

1. Williston, *On sales*, t. I, p. 89.

Il y a vente lorsqu'un peintre exécute un portrait, lorsqu'un restaurateur sert des aliments à un client, lorsqu'un pharmacien exécute une ordonnance : en ce dernier cas, il y a vente du médicament une fois préparé et le pharmacien pourra être condamné pour spéculation illicite s'il a vendu ce produit trop cher.

Cette règle, très favorable à l'assimilation du marché à façon à la vente, vient à vrai dire de subir une révision : dans une affaire récente, *Robinson V. Graves*¹, la Court of Appeal, juridiction supérieure à celle qui avait résolu *Lee V. Griffin* paraît être revenue à un autre critérium qui est une application de l'adage latin *Accessorium sequitur principale*.

Elle a déclaré que ne constituait pas une vente le contrat par lequel un peintre s'était engagé à faire un portrait pour 250 guinées, parce que, dans la rémunération demandée, le principal n'était pas le prix de la toile et des couleurs employées par l'artiste ; les fournitures n'étaient ici que l'accessoire permettant au peintre d'exercer son talent et de produire le portrait promis.

La détermination de ce « principal » se fera en comparant la valeur des matériaux fournis et celle du travail mis en œuvre pour le transformer. Si dans l'évaluation du prix demandé à l'auteur de la commande, le prix des matières premières est de beaucoup supérieur au salaire du fabricant, il y aura vente ; si par contre la valeur des fournitures n'est qu'un élément négligeable dans l'établissement du prix de revient de l'ouvrage parce que celui-ci est fragile et délicat ou requiert des capacités particulières ou une dépense considérable de temps et d'effort chez l'entrepreneur chargé de le réaliser, si l'obligation de donner disparaît pour ainsi dire derrière l'obligation de faire, il y aura louage d'ouvrage.

On ne peut raisonnablement soutenir que dans le contrat qui intervient entre le notaire ou l'avoué et son client, il y ait vente du papier et de l'encre nécessaires à l'accomplissement des écritures ou à la rédaction des actes ! A l'inverse lorsqu'un joaillier modifie légèrement, à la demande d'un

¹ 1. *Times*, 2 mars 1935.

amateur, la monture ou le sertissage d'une pierre précieuse qui lui a été commandée, le prix de la bague ou de la broche est tellement hors de proportion avec la rémunération de la façon qu'on ne saurait parler ici de louage d'ouvrage : il y aura vente.

Nous ne pouvons cependant adopter le critérium de la valeur respective de la matière et du travail pour déterminer la nature juridique du marché à façon.

Sous un caractère apparent de simplicité, il se révèle en effet trop vague et trop imprécis. Il est difficile de fixer avec certitude l'élément principal du contrat qui donnera à la convention sa qualification juridique. On risque, bien souvent, de répondre à cette question d'une manière purement arbitraire et on sera parfois amené à des conclusions tout simplement illogiques.

Soit par exemple la commande d'une œuvre d'art à un statuaire. Devra-t-on déclarer que le contrat s'analyse en un louage d'industrie lorsque l'artiste procure et travaille une matière peu coûteuse, parce que dans ce cas la fourniture de la matière est l'accessoire du travail ; mais qu'il deviendra une vente dès lors que, exerçant son art sur des matériaux d'un très grand prix, la valeur de ces matériaux représentera plus de la moitié du montant de la rémunération promise ? Faut-il considérer que dans ce dernier cas la façon n'est que l'accessoire de la matière ?

Une pareille solution se justifie difficilement ; la nature juridique d'un contrat ne peut dépendre de la valeur de l'objet sur lequel il porte.

Aussi, rejetant ce critérium de la valeur comparative des fournitures et de la main-d'œuvre, certains auteurs ont tenté d'en découvrir un dans la nature de l'objet du contrat. Selon que le marché à façon portera ou non sur une chose fongible, on sera en présence d'une vente ou d'un louage d'ouvrage.

Cette opinion a été adoptée dans une certaine mesure par le Code civil allemand ; son article 651 déclare : « Lorsque l'entrepreneur s'oblige à confectionner l'ouvrage au moyen

d'une matière dont la transformation lui incombe, il est tenu d'abandonner la chose fabriquée à l'auteur de la commande et de lui procurer la propriété sur la chose. Pareil contrat est soumis aux dispositions concernant la vente : lorsqu'il s'agit de la confection d'une chose non fongible, les dispositions concernant le louage d'ouvrage à l'exception de ... remplacent les articles 433, 446... etc... » (c'est-à-dire les articles régissant le contrat de vente) : le Code civil allemand dit toutefois qu'il y a dans ce cas non pas louage d'ouvrage (*werkvertrag*), mais contrat spécial obéissant dans l'ensemble aux règles du louage (*werklieferungsvertrag*).

La même façon de voir se retrouve, bien qu'exprimée d'une manière plus explicite, dans l'Uniform Sales Act américain : il y aura vente dans tous les cas, sauf si la chose doit être fabriquée par le vendeur spécialement pour l'acheteur et si elle n'est pas apte à être vendue à d'autres dans le cours normal des affaires du vendeur.

Mais il y a lieu d'observer que ceci n'est valable qu'en ce qui concerne la preuve et n'a pas à être étendu aux autres questions.

Dans un arrêt du 15 février 1895, le Tribunal fédéral suisse semble bien s'être rapproché de la même idée¹ : « L'article 350 C.O., dit-il, considère comme un contrat de louage d'ouvrage tout contrat par lequel l'une des parties s'engage à exécuter un ouvrage moyennant une rémunération et cela alors même que c'est l'entrepreneur qui fournit la matière. On ne saurait toutefois envisager comme un louage d'ouvrage tout contrat ayant pour objet la fourniture d'une chose non encore actuellement confectionnée moyennant un prix.

Au contraire un tel contrat se qualifie juridiquement comme une vente lorsque les parties ont en vue la livraison d'un produit achevé tandis qu'il y a louage d'ouvrage lorsque c'est la confection même du produit, le travail nécessaire à cet effet qui forme l'objet du contrat.

Cela étant, le contrat ayant pour objet la fourniture d'une

1. Tribunal fédéral, 15 février 1895, *Annales de droit commercial*, 1896, p. 44.

certaine quantité de produits fongibles apparait comme une vente tandis qu'au contraire la commande d'un objet individuellement déterminé et présentant certaines particularités constituerait un louage d'ouvrage ».

Ce critérium de la fongibilité de l'objet du marché est déjà préférable à celui de la valeur respective de la matière et du travail. Mais il ne nous semble pas suffisamment stable pour servir de critère absolu et définitif dans la recherche de la nature juridique du marché à façon.

La notion de chose fongible et de chose non fongible demeure en effet plutôt incertaine et de plus est susceptible de varier selon les temps et selon les pays.

Nous ne trouvons dans le Code civil français aucune définition de la chose fongible, si ce n'est qu'il y a lieu de considérer comme telles les choses qui se comptent, se pèsent, se mesurent et qui peuvent par suite être remplacées par d'autres choses de même quantité, qualité et valeur.

En Allemagne, l'article 91 du Code civil déclare que « lorsque des choses mobilières d'une espèce déterminée et courante sont à fabriquer il s'agit de choses fongibles ». On sera ici le plus souvent en présence d'objets manufacturés ordinaires pour lesquels point n'est besoin de directives particulières de la part de l'auteur de la commande, ni surtout de sa personne.

Mais, et les auteurs qui ont commenté cette disposition du B.G.B. l'ont bien observé, si des choses fongibles, par exemple des machines, peuvent revêtir ce caractère tant qu'il s'agit de choses connues, de machines d'une espèce courante et d'une nature usuelle, il en sera autrement lorsqu'on leur aura donné une destination dans l'exploitation de l'auteur de la commande : des choses vendues selon un tarif de prix sont habituellement des choses fongibles, mais des dérogations d'une espèce essentielle peuvent les rendre non fongibles. « En définitive, conclut Staudinger ¹, les parties auront toujours le dernier mot pour apprécier si, dans un cas déterminé, des choses fongibles ne doivent pas être considérées comme choses non fongibles ».

1. Staudinger, *Commentaire du code civil allemand*, art. 651, § 4.

C'est, en dernière analyse, remettre la détermination de la nature juridique d'une convention à la discrétion des parties lorsque sa qualification ne ressort pas expressément des formes ou du contenu du contrat, ou même des circonstances du marché.

Nous ne croyons donc pas que le critère adopté par la législation allemande, bien que plus précis que celui de la valeur respective du travail et de la matière, le soit assez pour servir de fondement à une théorie de la nature juridique du marché à façon.

Devons-nous donc, devant les échecs des tentatives faites par la doctrine et la jurisprudence pour assimiler le marché à façon à un contrat spécial type prévu par le Code civil, leurs efforts négligeant toujours l'un ou l'autre des éléments de l'opération, chercher la solution du problème dans un compromis ? C'est ce que nous étudierons dans une deuxième section de ce chapitre.

Section II

Les systèmes mixtes

Analysant minutieusement les éléments constitutifs du marché à façon et l'intervention du travail dans un contrat dont le but principal et essentiel est l'aliénation d'une chose, un certain nombre d'auteurs ont cru pouvoir soutenir qu'il s'agissait en l'espèce non d'un contrat simple, mais d'une convention complexe, successivement louage et vente pour les uns, à la fois louage et vente pour les autres. Vente d'une chose une fois faite, le contrat présenterait un caractère variable ou mixte.

§ 1. — *Le marché à façon est successivement un louage et une vente*

Ce sont notamment Aubry et Rau qui sont les promoteurs de cette conception selon laquelle le marché à façon serait successivement un louage et une vente.

« Nous pensons, disent-ils ¹, qu'il faut pour rester dans le vrai, reconnaître que la convention est de nature mixte. Nous serions assez disposés à dire que jusqu'au moment de la réception de l'ouvrage les rapports des parties sont principalement régis par les règles du louage et que celles de la vente deviennent applicables à partir de ce moment. Telle est l'idée qu'exprimaient à notre avis les termes du projet du Code civil : c'est la vente d'une chose une fois faite ».

Tant que la chose ne serait pas confectionnée et achevée, l'obligation de l'entrepreneur se limiterait à exercer son activité sur la matière qu'il fournit ; durant cette première phase du contrat, il y aurait louage d'ouvrage et toutes les dispositions propres à ce contrat, en particulier le droit du maître d'obtenir la résiliation du marché par simple manifestation unilatérale de volonté, trouveraient ici leur application.

Ce n'est qu'ultérieurement, après l'exécution de l'obligation de faire et l'achèvement de la fabrication de la chose, que l'opération se transformerait en une vente, la principale obligation demeurant à la charge de l'entrepreneur, étant alors de transférer à l'auteur de la commande la propriété de l'ouvrage terminé.

Ce système n'a recueilli d'écho ni dans la doctrine ni dans la jurisprudence, et il faut avouer qu'il semble bien que ce soit à juste titre.

Un contrat en effet ne peut changer de nature par son exécution : sa nature doit être appréciée au moment où il se forme.

D'ailleurs, à supposer qu'une modification de la nature d'un contrat soit concevable au cours de son exécution, il est bien difficile de préciser à quel moment, en l'espèce, ce changement aurait lieu. Serait-ce au jour de l'achèvement de l'ouvrage, serait-ce au jour de la livraison de l'objet par l'entrepreneur, au jour de sa réception ou de sa vérification par l'auteur de la commande ?

Rien ne justifie une solution plutôt qu'une autre et

1. Aubry et Rau, *Droit civil français*, t. V, § 374, note p. 655.

l'arbitraire inhérent à ce système nous conduit à le repousser.

Faut-il alors, à la suite de Planiol, voir dans le marché à façon non plus une succession de louage et de vente, mais une combinaison de ces deux contrats ? C'est ce que nous allons examiner maintenant.

§ 2. — *Le marché à façon est à la fois un louage
et une vente.*

Considérant l'économie du marché à façon, la nécessité de travailler une matière première et d'obtenir un certain résultat pour pouvoir exécuter le contrat et transmettre la propriété de la chose une fois faite, ce système ne dit plus qu'il y a louage d'ouvrage tant que la chose n'existe pas encore, puis vente dès qu'il ne s'agit plus que de livrer la chose terminée à l'auteur de la commande ; il déclare que, dès l'origine, il y a vente et que l'élément louage n'intervient que dans la mesure où les règles de ce contrat permettent ou facilitent l'exécution du travail. Les articles 1582 et suiv. sur la vente ne donnent en effet aucune directive pour la conduite du travail, la règle générale étant en matière de vente que la chose existe déjà au moment de la conclusion du contrat et qu'il suffit au plus d'une individualisation de celle-ci pour transférer la propriété. Lorsqu'il traite dans l'article 1130 de la vente des choses futures, il paraît bien que le législateur de 1804 n'ait pas envisagé les choses dont la naissance fût fonction d'un acte indispensable du vendeur, mais bien plutôt celles devant exister un jour par l'effet d'un phénomène naturel ou du travail d'un tiers.

En qualifiant le marché à façon de contrat mixte, de mélange de louage et de vente, on répond, semble-t-il, à une juste appréciation des caractères de ce contrat et de sa nature.

« Les différents contrats réglementés par la loi, écrit Planiol¹, forment-ils des variétés séparées et absolument impénétrables les unes les autres ou bien peut-il s'établir entre elles des mélanges aboutissant à la formation de

1. Planiol, note sous Civ. 18 octobre 1911, D. 1912.1.113.

contrats mixtes présentant des éléments empruntés à deux ou trois contrats distincts ? » L'existence dans notre droit des donations avec charges où celui qui reçoit à titre gratuit contracte néanmoins certaines obligations, des constitutions de dot, qui, donations à l'égard des parents ou amis qui les consentent, sont à certains points de vue considérées comme des actes à titre onéreux à l'égard des créanciers des constituants, du contrat d'édition, du contrat d'hôtellerie... etc..., n'offre-t-elle pas une réponse suffisamment éloquente à cette question ?

« Toute la difficulté consiste alors à savoir si en présence de ces contrats mixtes, il y a une raison quelconque de leur appliquer un régime unique comme à un contrat simple ou s'il n'est pas préférable de discerner dans leur nature multiple les éléments qui la composent pour appliquer à chacun d'eux les règles qui conviennent à son caractère. Sur ce point l'hésitation n'est pas possible. Quel avantage trouverait-on à faire violence aux faits et à la nature des choses pour faire subir à tous les contrats à éléments multiples un régime insuffisant par sa simplicité ? La jurisprudence a pour mission principale de trouver des solutions qui soient pratiquement utiles ; or il n'y a aucune utilité à obtenir une unité systématique pour un contrat qui est composite par sa nature. La simplicité ainsi obtenue est fautive parce qu'elle ne répond pas aux faits ».

En notre espèce, il est manifeste que l'on trouve des éléments empruntés au louage d'ouvrage et d'autres empruntés au contrat de vente. Pourquoi alors ne pas en tenir compte et ne pas déclarer que le marché à façon est un contrat mixte qui participe à la fois de la vente et du louage ?

Cette théorie pourtant a soulevé certaines critiques : « pour qu'il y ait contrat mixte, déclare M. Gaudemet en réponse à la note de Planiol¹, il faut que la réunion des divers éléments juridiques qu'on prétend y découvrir ne contrarie ni l'intention des parties, ni le but économique de l'opération.

« Du premier on ne dira rien, car les présomptions de

1. Gaudemet, note sous Civ. 18 octobre 1911, S. 1912.1.499.

volonté sont souvent erronées. Reste le but économique du contrat.

« L'entrepreneur est un intermédiaire entre le capital et le travail et à ce titre il est toujours un patron dirigeant des ouvriers dont il procure la main-d'œuvre au capitaliste maître de l'ouvrage. D'autre part il assume relativement à l'exécution du travail un risque nettement défini qui résulte pour lui de ce que la rémunération convenue n'est pas fixée comme dans le louage de services proportionnellement à la durée de travail et ne répond pas nécessairement au prix de revient.

« L'appréciation de ce risque détermine, pour partie, le prix stipulé et c'est là un des éléments qui distinguent économiquement le profit de l'entrepreneur du salaire que recevrait un directeur de travaux n'assumant aucune responsabilité analogue.

« Si la caractéristique de l'entreprise réside dans un certain risque défini assumé par l'entrepreneur, il en résulte qu'on ne saurait sans fausser complètement les relations économiques et juridiques des parties, imposer à celui-ci la charge d'un risque tout différent tel que celui qui résulte par exemple de l'application des règles relatives à la vente, notamment des articles 1641 et suiv.

Dans son profit, l'entrepreneur n'a envisagé que l'assurance contre le risque résultant de l'incertitude quant à la durée du travail, pas celle contre la garantie des vices cachés — sinon il y aurait destruction de l'équilibre économique du contrat ».

Mais cette objection tirée du but et de l'équilibre économique du contrat est loin d'avoir la valeur qu'elle prétend. Il suffit en effet de répondre que si l'entrepreneur ne voulait pas courir les risques de la situation de vendeur, il n'avait qu'à ne pas se faire le fournisseur de la matière ; s'il l'a fait, c'est qu'il comptait joindre au profit de l'entreprise celui de la fourniture et dans le prix qu'il aura convenu, ces deux éléments entreront en ligne de compte. N'est-il pas équitable alors qu'il supporte les risques correspondants aux deux situations juridiques ?

Aussi les adversaires du système préconisé par Planiol se sont-ils orientés dans une autre direction et ils ont fait valoir, à l'encontre de la conception du contrat mixte, que, puisque le marché à façon ne pouvait être ramené ni à un contrat de louage ni à un contrat de vente, il était difficile et vain de soutenir qu'il pût constituer un composé de ces deux conventions.

Admettre une pareille solution entraînerait, disent-ils, de nombreuses difficultés. En matière de vices cachés, l'article 1644 stipule que « l'acheteur a le droit de rendre la chose et de se faire restituer le prix ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix, telle qu'elle sera arbitrée par experts ». Ces actions en résolution ou en réduction s'exerceront seulement si le vice provient de la matière, non s'il est une conséquence d'un travail défectueux. Ne sera-t-il pas bien délicat, dans nombre d'hypothèses, de déterminer l'origine du défaut ?

En ce qui concerne d'autre part le privilège du vendeur, l'article 2102 ne garantira-t-il l'entrepreneur non payé que pour le prix des fournitures qu'il aura fournies, ou bien est-ce que le privilège portera également sur la rémunération du travail, sur le salaire du fabricant ? Mais dans la première hypothèse, comment discerner dans le prix réclamé à l'auteur de la commande la part qui représente la valeur du travail de celle qui correspond à la valeur de ces matériaux ? En matière de compétence, si l'opération a été faite par ou pour le compte d'une autorité administrative, faudra-t-il conclure à la qualification de marché de fournitures ou à celle de marché de travaux publics ? Faudra-t-il réserver le litige aux conseils de préfecture et au Conseil d'Etat, ou au contraire venir plaider devant les tribunaux de droit commun ?

Autant de questions qui demeurent sans réponse, autant de controverses qui risquent de devenir interminables.

Bien que tenant compte mieux que les autres théories du contenu et des caractères du marché à façon, le système de Planiol, qui voit dans cette opération une combinaison du louage et de la vente n'est pas pleinement satisfaisant.

Il paraît donc très difficile, sinon impossible, d'assimiler

le marché à façon soit au louage soit à la vente, ou d'établir dans un compromis la nature juridique de ce contrat : la coexistence dans le marché à façon des obligations de faire et de donner entraîne en effet des problèmes qui ne peuvent se résoudre comme si ces deux obligations étaient divisibles ou successives. C'est pourquoi nous rechercherons dans une autre direction la nature juridique de cette convention

CHAPITRE II

NATURE PROPRE DU MARCHÉ À FAÇON

Lorsqu'un accord de volonté se manifeste par la création d'obligations nouvelles ou par la combinaison de rapports de droit dont la réglementation n'a pas été expressément prévue par le législateur, il est nécessaire, à défaut de rattachement possible à un contrat préexistant, de lui attribuer un statut propre.

En ce qui concerne le marché à façon, les parties qui auraient pu, pour atteindre le but envisagé par elles, conclure une vente puis un louage d'ouvrage et créer ainsi deux obligations successives de donner et de faire, ont entendu réunir ces deux prestations dans une même opération économique. L'objet du contrat n'est pas alors la fourniture des matériaux ou le travail de celui qui les mettra en œuvre, c'est à la fois, et ce d'une manière indivisible, la fabrication et la livraison de l'ouvrage commandé.

Puisque, nous l'avons vu, il ne suffit pas, comme on l'a fait jusqu'ici, d'appliquer au marché à façon les règles des contrats voisins de vente ou de louage, il faut donc rechercher dans la construction autonome d'un contrat *sui generis* les règles spéciales et le cadre rationnel de cette convention.

En établissant dans le Code civil une réglementation détaillée de certains contrats qui sont les plus usuels et les plus sujets, par suite, à des controverses lorsque, dans leur accord, les parties n'en ont pas prévu expressément toutes

les conséquences directes ou indirectes, le législateur de 1804 n'a pas entendu limiter à ces seuls contrats le champ de la liberté des individus.

« Ce n'est pas qu'une stricte catégorisation soit indispensable, écrit M. Gén^y ¹, pour reconnaître efficacité juridique aux réalités sociales qui en semblent dignes. On peut même penser qu'on donnerait plus large satisfaction aux postulats généraux de la justice ou de l'utilité commune si l'on conférerait la sanction, distinctive de la contrainte, à des principes que consacrerait l'équité en elle-même avec tous les replis, toutes les souplesses, les modalités infinies de son contenu effectif. Mais le système des catégories apporte l'avantage de couler les institutions reconnues en des moules préformés qui leur assure à la fois cette précision des conditions et cette fermeté des effets, sans lesquelles il n'est pas d'ordre social solidement établi ».

Tout notre système juridique des conventions obligatoires est en effet dominé par le principe de l'autonomie de la volonté proclamé dans l'article 1134 du Code civil. Les particuliers sont autorisés par notre droit positif à conclure tel contrat qui leur plait avec les modalités qui leur conviennent, et la seule restriction imposée par la loi est que leur convention se conforme à certaines règles générales et ne déroge point aux lois intéressant l'ordre public et les bonnes mœurs.

C'est ce qu'exprime M. Gén^y lorsqu'il déclare ² : « Tout accord de volonté tendant à un résultat juridique qui rentre dans les facultés de disposition de celui qui s'engage, produit de lui-même ce résultat quel qu'il soit, pourvu seulement qu'il ne heurte pas à une prohibition d'ordre supérieur constituant statut impératif ou d'ordre public. Assurément ce principe ne saurait supprimer le cadre juridique du contrat qui reste assujetti à des conditions générales de formation hors desquelles les volitions des hommes demeurent impuissantes à créer des situations juridiques. Mais les catégories réelles des contrats particuliers semblent perdre toute leur

1. Gén^y, *Science et technique en droit positif français*, III.1.125.

2. Gén^y, *op. cit.*, p. 129.

importance puisque quel que soit le contenu coulé par les parties dans le moule générique du contrat obligatoire, il doit juridiquement valoir, et s'il est assujéti parfois à des règles spéciales, ces règles dépendent exclusivement en fait de la direction que les parties ont librement donnée à leur volonté. Celle-ci n'est donc plus comme à Rome enfermée dans un cercle étroit et infranchissable de conventions prédéterminées : elles se meut librement et efficacement néanmoins, au milieu d'un vaste enclos, construit uniquement de façon à en assurer tous les développements. La fécondité de l'accord des volontés dans un sens juridique quelconque paraît devoir être illimité et les règles portées par la loi au sujet de tels ou tels contrats, spécialement dénommés, ou des droits créés par la volonté de l'homme, semblent toutes les fois qu'elles ne proclament pas des principes impératifs, destinées à brider celle-ci, ne pouvoir constituer que des modèles ou des exemples à côté desquels il reste place pour une variété infinie de créations juridiques.

Au lieu des catégories, nettement spécifiques, de contrat ou de pactes, qu'offrait jadis le Droit romain, nous n'avons plus que la catégorie générique du contrat laissant place à tout le jeu des fantaisies licites ».

Le Code civil établit, dans les articles 1108 et suiv., cette réglementation commune à tous les contrats : il indique ce qu'il y a lieu d'entendre par conventions légalement formées et précise les conditions de validité relatives au consentement et à la capacité des contractants, à la cause et à l'objet des obligations, il détermine les effets que l'engagement entraîne et les conséquences qui résultent, en ce qui concerne les droits respectifs des parties et l'existence du lien contractuel lui-même, d'une exécution défectueuse ou d'une inexécution ; il fixe enfin les modes d'extinction et de preuve des diverses obligations.

Ces règles générales, nous dit l'article 1107 du Code civil, s'appliquent à tous les contrats soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, et on peut se demander si elles ne sont pas suffisantes pour donner au marché à façon son statut légal.

Au lieu d'être une vente pure et simple ou un contrat de

louage d'ouvrage, ou même un mélange de ces deux conventions, le marché à façon serait alors un contrat spécial, contrat mixte participant de la nature du louage d'une part à cause de l'obligation de faire qu'il comporte, de la nature de la vente d'autre part, par suite de l'obligation de donner qu'il contient, mais contrat ayant une individualité propre.

L'existence de contrats innomés dans notre Droit positif français paraît bien être une chose certaine.

« Il nous semble inexact, déclare M. Demogue ¹, de dire qu'il ne peut plus aujourd'hui y avoir de contrats innomés. Sans doute il n'y en a plus au sens romain du mot, qui servait à désigner un mode nouveau de s'obliger ; mais il y a de nouveaux mélanges d'éléments anciens qu'il est commode de désigner ainsi, en détournant un vieux mot sans emploi de son sens traditionnel ».

C'est en ce sens que se prononce aussi la jurisprudence. Dans un jugement du 19 juin 1902, le Tribunal civil de Lille ² a recherché la nature de la convention par laquelle un Institut Catholique a obtenu de l'Administration des hospices d'une ville, moyennant le paiement d'une somme d'argent, que celle-ci laisse à sa disposition des salles de malades, d'autopsie, de clinique pour les travaux pratiques de ses étudiants ; il a déclaré qu'il était impossible de rattacher une telle convention à un contrat connu « attendu que c'est un contrat *do ut facias* rentrant dans la catégorie des contrats innomés dont les règles ne sont inscrites nulle part, mais doivent se déduire des principes généraux du droit ».

De même dans un arrêt relativement récent, de la Cour de Lyon, en date du 2 novembre 1935 ³, on retrouve cette expression de contrat innomé, à propos du contrat intervenu entre le propriétaire d'un manège forain dit « d'auto-tampon » et sa cliente : « Attendu que le contrat intervenu, moyennant redevance, entre la dame G., et l'exploitant de l'attraction foraine était une convention par laquelle ce dernier s'engageait à offrir à sa cliente une distraction sans qu'il en résulte

1. Demogue, note sous Cass. civ., 25 juin 1907, S. 1908.1.81.

2. Trib. civ. Lille, 19 juin 1902, S. 1908.1.81.

3. Lyon, 2 novembre 1935, G.P., 1936.1.84.

pour elle un dommage ;— que les véhicules mis à la disposition du public étaient à conduite libre, mais que leur départ, leur accélération et leur arrêt étaient commandés par un dispositif électrique exclusivement dirigé par L. ; — que les clients n'ignoraient certes pas qu'ils allaient prendre part à un jeu mouvementé, résultant du choc des véhicules, mais qu'ils étaient en droit d'escompter que l'exploitant ayant seul l'expérience de ses appareils, sauraient éviter tout excès dangereux dans leur fonctionnement ; — que le contrat, pour n'avoir pas le caractère d'un contrat de transport et ne constituer qu'un contrat innomé, n'en doit pas moins être considéré, à raison des risques qui y sont inhérents, comme comportant de la part de l'entrepreneur l'engagement tacite d'assurer la sécurité de ses clients à moins qu'il ne prouve que l'inexécution de cette obligation provienne d'une cause étrangère qui ne lui est pas imputable comme la faute de la victime elle-même ».

Le fait de retrouver dans une convention, des caractéristiques propres à certains contrats nommés n'implique pas nécessairement qu'il faille l'assimiler à ces derniers ; tous les efforts des juristes professionnels s'appliquent cependant à opérer cette assimilation. Chaque fois que la pratique des affaires crée un nouveau type de contrat, chaque fois qu'un arrangement quelque peu inattendu ou complexe apparaît, la hantise des contrats nommés, spécifiés et déterminés qui persiste en beaucoup d'esprits jusqu'à entraver parfois la souplesse des engagements privés tente de rattacher ces combinaisons nouvelles à l'un des types de contrats réglés par la loi de les faire rentrer dans les cadres préétablis de tels contrats connus.

Si quelques uns plus hardis vont à grand peine jusqu'à la conception de contrats mixtes, contenant juxtaposés les éléments de plusieurs contrats nommés distincts, bien peu acceptent franchement l'idée des contrats innomés, « à régir suivant leur but propre, en n'empruntant aux catégories légales que les règles recommandées par une analogie décisive de fonction économique »¹.

1. Geny, *op. cit.*, p. 136.

Il y a plus, et on rencontre parfois sous la plume de certains maîtres de notre droit contemporain, « des assertions dont on se demande comment elles se peuvent accorder avec les principes fondamentaux de l'organisation juridique moderne sur la liberté des conventions ». Ainsi, à propos du contrat d'édition, Baudry écrit ¹ : « ce contrat, suivant les clauses qu'il contient rentre dans l'une ou l'autre des classes de contrats réglés par le Code ; on ne peut pas plus que pour toute autre convention décorée par l'usage d'un nom spécial le regarder comme un contrat particulier soumis à des règles indépendantes de celles des contrats nommés ».

C'est dans le même sens que se prononce M. Esmein dans une note au Sirey, lorsqu'à propos de difficultés nées entre un auteur et un éditeur il se demande quelle est la nature du contrat qui lie les deux parties.

« D'après une première opinion, dit-il ², ce serait un contrat d'une nature tout à fait particulière, le contrat d'édition, qui ne pourrait se ramener à aucun des contrats que connaît et régleme le Code civil et dont les règles résulteraient seulement de l'intention des parties et des usages communément admis... Mais cette solution ne saurait se faire recevoir dans notre droit civil et commercial par cela même qu'il est une législation écrite et non un système coutumier. Tant que le législateur ne l'aura pas créé en le réglementant, notre droit ne connaîtra pas le contrat d'édition en tant que contrat nommé comme disaient les Romains, en tant que type légal ayant ses règles propres qui s'imposeraient aux contractants lorsque ceux-ci ne les auraient pas écartées par des clauses particulières.

« Sans doute, d'après l'article 1134 du Code civil, l'auteur et l'éditeur peuvent, par leurs conventions, créer entre eux un contrat d'édition dont il leur sera loisible de déterminer les règles et la portée ; s'ils ont prévu toutes les questions que peut faire naître cet accord et que leurs conventions ne soient en rien contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs, leurs rapports seront entièrement régis par le

1. Baudry, *Traité en louage*, § 867.

2. Esmein, note sous Trib. civ. Seine, 4 juin 96, S. 1899.2.217.

contrat d'édition et rien que par lui. Mais, si leur prévoyance est en défaut sur quelque point, si l'exécution du contrat fait naître entre eux quelques difficultés qu'ils n'ont pas prévues et qu'ils vont soumettre au juge, celui-ci, à moins qu'il ne s'agisse simplement de déterminer la portée d'une obligation d'après l'équité ou l'usage conformément à l'article 1135 du Code civil, ne pourra trancher le litige qu'en ramenant le contrat à l'un de ceux qui sont prévus et réglementés par la loi et en appliquant les règles qu'elle édicte ».

Mais lorsqu'il s'agit de déterminer à quel contrat il convient de le ramener, l'accord est loin d'être parfait : vente, louage de chose, mandat, société, dépôt, association en participation, aucun de ces contrats ne possède, à lui seul, une réglementation telle que tous les problèmes soulevés puissent être résolus ; aussi devant l'impossibilité d'assimiler à l'un de ces contrats nommés cette manifestation de l'activité humaine et du commerce, on a eu recours tout dernièrement au législateur, et on lui a demandé de reconnaître l'autonomie de ce nouveau contrat. Un projet de loi a été déposé en ce sens récemment par le Ministre de l'Education nationale sur le bureau de la Chambre des députés, afin de favoriser ainsi que le déclare l'exposé des motifs, « la collaboration efficace des auteurs et des éditeurs dans le respect mutuel de leurs droits ».

Si vraiment le contrat d'édition avait pu se ramener à un contrat spécial prévu par le Code, cette intervention eut-elle été nécessaire ?

Avant de recevoir sa consécration légale, le contrat d'édition avait déjà son individualité et son économie particulières, il constituait en fait un contrat innomé. Pourquoi refuser aujourd'hui au marché à façon ce caractère et nonobstant ses rapports avec les contrats voisins de vente et de louage, ne pas le considérer comme une convention d'une nature spéciale ? Une pareille solution se justifie mal¹.

1. Les mêmes questions se posent en ce qui concerne d'autres contrats de droit civil ou du droit commercial dont on reconnaît aujourd'hui de plus en plus le caractère propre. Cf. contrat d'hôtellerie, contrat de garde, report, compte-courant... etc...

La seule question qui puisse se poser est, selon nous, celle d'en déterminer les règles et le statut juridique. Sans doute il y a lieu de faire jouer ici les dispositions du Titre III du livre III du Code civil.

Mais les principes généraux qui régissent le droit commun des contrats suffiront-ils à assurer au marché à façon, contrat innomé, une réglementation satisfaisante ?

Si celle-ci s'avère incomplète ou insuffisante, sera-t-on autorisé à faire appel aux articles du louage ou de la vente, c'est-à-dire aux règles des contrats nommés dont le marché à façon emprunte certains éléments ?

Bien plus, ne sera-ce pas une obligation juridique de les faire intervenir en notre matière ? « Les règles édictées pour certains contrats prévus et organisés par le droit moderne ne doivent-elle pas s'étendre nécessairement aux autres contrats particuliers qui présentent avec les premiers un trait commun décisif sur le point ayant motivé les règles dont il s'agit ? Ne serait-il pas autrement trop facile d'échapper aux prises des catégories réelles par le moyen de conventions établies en dehors ou à côté du cadre légal alors qu'il faut que celui-ci embrasse tout ce qui s'adapte à l'une ou à l'autre de ses prévisions »¹. Sans doute il faut voir si le marché à façon ne répond pas à un type particulièrement prévu dont les règles se surajouteraient pour lui aux règles générales du contrat ou, en cas de divergence, y dérogeraient par la vertu de supériorité appartenant au concret sur l'abstrait. Toutefois, il ne convient pas, à notre avis, d'exagérer outre mesure la portée de la catégorisation juridique.

Certaines dispositions légales en effet qui semblent à *priori* avoir été écrites pour un contrat déterminé ne sont bien souvent en réalité qu'une application particulière à un cas précis de principes de droit commun. Ne seront-elles pas susceptibles de jouer intégralement et sans réserve dans toutes les hypothèses où on retrouve les mêmes conditions et les mêmes éléments ?

1. Génv, *op. cit.*, p. 140.

Quelques exemples éclaireront notre thèse : doit-on considérer que les articles du Code qui réglementent l'obligation de garantie sont propres au contrat de vente et comme tels applicables aux seules conventions qui rentrent sous cette qualification juridique, ou ne faut-il pas au contraire les envisager comme la précision, à propos d'un accord déterminé, d'un principe plus général susceptible de jouer pour toute une catégorie de contrats ? Nous nous rallions à cette dernière hypothèse.

« L'idée que le débiteur d'une chose reste tenu de la garantie une fois la livraison effectuée, écrit M. Capitant¹, a pris historiquement naissance à propos de la vente, mais s'applique à tous autres contrats translatifs, au moins aux contrats à titre onéreux. En effet, le propre des transferts à titre gratuit, c'est de ne pas emporter garantie. La différence s'explique sans peine. L'acquéreur à titre onéreux a fourni ou s'est obligé à fournir une contre valeur en échange de la chose qui lui est délivrée. Sa prestation ou son obligation manquerait de cause s'il était évincé de la chose ou ne recevait qu'une chose incomplète, défectueuse. Au contraire le donataire qui n'a rien promis en échange de la chose donnée n'a pas droit en principe à la garantie.

Logiquement donc la législation devrait consacrer à la garantie des textes de portée générale : c'est ce que faisait le projet primitif du Code civil allemand. Mais telle est la force de la tradition historique, que dans le Code civil français et même dans le Code civil allemand définitif, on ne traite de la garantie qu'à propos de la vente. Seulement il est sous-entendu dans notre code, et exprimé formellement dans le Code civil allemand, que les principes ainsi posés s'appliquent à tous les autres contrats à titre onéreux sauf application des règles spéciales formulées dans des dispositions particulières ».

L'obligation de garantie, spécialement en raison des vices cachés, ne serait alors qu'une simple application d'un principe général qui jouerait pour tous les contrats dans

1. Capitant, *Cours de droit civil*, t. II, p. 510, n° 558.

lesquels il y aurait transfert de propriété d'une chose, ou même simplement transfert de jouissance¹.

L'existence d'une obligation de garantie est en effet certaine en dehors des contrats d'échange, de société ou de partage (art. 1707-1845-884), dans des conventions comme le prêt, ou comme le louage. L'article 1891 déclare : « lorsque la chose prêtée a des défauts tels qu'elle puisse causer du préjudice à celui qui s'en sert, le prêteur est responsable s'il connaissait les défauts et n'en a pas averti l'emprunteur ». « En matière de louage, l'article 1721 stipule qu'« il est dû garantie au preneur pour tous les vices ou défauts de la chose louée qui en empêchent l'usage quand même le bailleur ne les aurait pas connus lors du bail : s'il résulte de ces vices ou défauts quelque perte, pour le preneur, le bailleur est tenu de l'indemniser ».

L'obligation de garantie serait en quelque sorte, à propos de l'obligation de donner, obligation dont la vente fournit le type principal mais non unique, une application de la règle des articles 1134 et 1135 du Code civil, que les conventions doivent être exécutées de bonne foi et qu'elles obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. Le marché à façon étant, comme tous nos contrats modernes, un contrat de bonne foi, l'entrepreneur devra, en vertu des principes généraux, indemniser l'auteur de la commande si la chose par lui livrée est affectée de vices qui la rendent impropre à l'usage que les parties avaient en vue en contractant.

Un arrêt de la Cour de Lyon en date du 23 décembre 1892², consacre cette proposition à propos de la question de savoir si la livraison d'une marchandise teinte faite par le teinturier à un fabricant et le paiement du prix de la teinture opéré par ce fabricant pouvaient dégager la responsabilité du teinturier en raison d'un vice caché découvert ultérieurement et qui déprécie la marchandise, alors d'ailleurs que la réception de l'ouvrage et le paiement du prix n'ont pas été faits sous réserve de garantie.

1. Cf. cependant en sens contraire, Civ. 18 octobre 1911, D. 1912.1.113.

2. Lyon, 23 décembre 1892, D. 1893.2.229.

« Considérant en droit que soit que l'on accepte l'opinion accueillie par le tribunal en appliquant à l'espèce les principes de la garantie inscrite dans l'article 1641 au profit de l'acheteur vis-à-vis du vendeur, soit que l'on assimile le teinturier qui a fait la manipulation des étoffes et a fourni la matière tinctoriale à l'ouvrier chargé d'exécuter un ouvrage avec sa propre matière dont les obligations sont les mêmes que celles du vendeur, la livraison de la marchandise ne saurait dégager X. de sa responsabilité à raison du vice caché qui l'aurait dépréciée ».

Le fait que l'entrepreneur est soumis à une certaine garantie dans le marché à façon n'implique pas du reste, contrairement à ce que pourraient faire croire les termes de l'arrêt précité, que ses obligations soient en tous points conformes à celles d'un vendeur ordinaire. Sa qualité de fabricant entraîne en effet certaines conséquences sur l'organisation technique de la garantie qu'il doit à l'auteur de la commande. Nous les examinerons dans le chapitre consacré à l'obligation de garantie¹.

Un autre exemple tiré de la réglementation du louage montrera encore que des dispositions qui paraissent propres à un contrat nommé déterminé ne sont bien souvent que l'application de principes généraux communs à tous les contrats.

L'article 1795, dans la section des devis et marchés stipule que « le contrat de louage d'ouvrage est dissous par la mort de l'ouvrier, de l'architecte ou entrepreneur ».

Le marché à façon sera-t-il également anéanti par la mort de l'entrepreneur ?

En principe, les obligations ne disparaissent pas au jour du décès de ceux qui les ont contractées : la mort de l'une des parties ne figure pas dans l'article 1234 parmi les causes d'extinction des obligations : la convention continuera donc à produire ses effets entre le survivant et les héritiers du contractant prédécédé. Ce n'est que dans l'hypothèse de contrat fait *intuitu personnae*, en considération des

1. Cf. *infra*, p. 119 et suiv.

qualités ou de la personne même du contractant que le décès pourra entraîner la dissolution du lien contractuel. C'est ainsi que la mort de l'un quelconque des associés mettra fin au contrat de société, celle du mandant ou du mandataire au contrat de mandat.

Des motifs analogues ont inspiré l'article 1795 : « la confiance aux talents, aux soins et à la probité du locateur, rapporte Mouricault dans la séance du 14 ventôse an XII au Tribunal, entre toujours plus ou moins en considération dans le louage d'ouvrage et c'est toujours en définitive l'obligation d'un fait personnel que le locateur y contracte »¹.

On ne saurait par suite étendre le champ d'application de l'article 1795 propre au louage d'ouvrage au contrat voisin de marché à façon que si on lui attribue le caractère de louage. Or nous avons repoussé cette solution.

Est-ce à dire que la mort de l'ouvrier n'aura jamais aucune conséquence sur le développement et sur l'existence du contrat ? Non pas. L'article 1122 admet en effet dans certains cas un tempérament à la persistance du lien obligataire né du contrat : « On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention ».

L'auteur de la commande, et réciproquement l'entrepreneur à qui la même possibilité est offerte, pourront se dégager du contrat, au cas de décès de leur contractant, lorsque la nature des obligations s'opposera au maintien du contrat ou lorsque la considération de la personne aura été la cause principale et déterminante de la convention.

Si une personne commande à un entrepreneur de menuiserie une douzaine de chaises d'un modèle courant et d'une qualité de bois donnée, peu importe la mort de l'ouvrier qui était chargé de leur confection dès lors que la livraison conforme au marché reste possible ; il n'y a aucune raison de prononcer la dissolution du contrat ; si au contraire il s'agit d'un portrait commandé à un artiste de renom, comment concevoir le maintien du lien contractuel après le décès de celui-ci ? Comment obliger les héritiers du peintre à broser

1. Rapport Mouricault, dans *Loché*, t. XIV, p. 442.

le portrait ou l'auteur de la commande à recevoir une œuvre qui ne serait pas de celui à qui il l'avait demandée ?

L'article 1795 ne serait donc que l'illustration pour une hypothèse donnée et pour un contrat nommé du principe plus général de l'article 1122, une présomption, pour une convention déterminée, que l'*intuitus personnae* a joué un rôle prépondérant.

Pourquoi alors en refuser l'application au marché à façon sous le prétexte que ce n'est pas un pur louage ? Pourquoi les dispositions des contrats nommés seraient-elles écartées lorsqu'elles ne font que redire les principes du droit commun, alors surtout que la convention innommée revêt les caractères, et en quelque sorte partiellement la nature, du contrat spécial pour lequel elles ont été édictées ?

On ne le comprend guère. Et c'est ce qui explique les solutions adoptées par la jurisprudence qui dans un domaine voisin, considérant l'analogie décisive de fonction économique, applique l'art. 1794, propre au louage à des contrats dont le caractère de louage n'apparaît pas sans équivoque.

« Attendu ¹ qu'en fournissant la matière et leur industrie à la fois, les intimés ont fait un des deux marchés définis à l'article 1787 ; attendu que l'article 1794, en raison de la généralité de sa rédaction, s'applique également à ces deux marchés ; attendu qu'il importe peu que ce contrat ait été qualifié de vente ou de louage dès l'instant où l'on y rencontre les éléments des traités visés dans l'article 1787 ; que l'article 1711 n'est pas en contradiction avec l'article 1794 ; que chacun d'eux peut recevoir son exécution pour le cas qu'il prévoit et qu'on invoque en vain pour modifier la signification de l'article 1794 le droit ancien et les travaux préparatoires du Code ».

Plus récemment, la Cour d'appel d'Aix dans un arrêt du 12 juin 1923 ² a repris les mêmes conclusions dans le procès entre un statuaire et sa cliente qui prétendait résilier unilatéralement la commande de monument qu'elle avait faite.

« Attendu que l'artiste ne saurait être assimilé à un vendeur

1. Orléans, 7 juillet 1897, S. 1898.2.31.

2. Aix, 12 juillet 1923, G.P. 1923.2.295.

d'une marchandise commerciale déterminée, lequel peut exiger que l'acheteur soit tenu d'en prendre livraison ; qu'en droit on se trouve ici en présence d'un contrat spécial qui n'a rien de commun avec une vente, mais en réalité d'une obligation de faire ou de ne pas faire qui aux termes de l'article 1142 se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ; qu'au surplus dans une certaine mesure le marché intervenu entre les parties peut être assimilé à un marché à forfait que, selon les termes de l'art. 1794 le maître peut résilier par sa simple volonté en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de ses travaux et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans l'entreprise... ».

Bien que le contrat ne constitue pas à proprement parler un louage d'ouvrage, les tribunaux ne refusent pas l'intervention de l'article 1794 pourtant inscrit dans le Code civil au titre des devis et marchés.

Le fait d'appliquer à un contrat innomé certaines dispositions prévues par le législateur pour un contrat nommé déterminé n'entraîne d'ailleurs nullement, à notre avis, l'assimilation du premier au second. Ce n'est pas parce que le marché à façon comporte à la charge de l'entrepreneur l'obligation de confectionner la chose et que pour cette raison certains articles du louage sont susceptibles de jouer utilement qu'il faudra déclarer qu'il y a ici louage d'ouvrage ; ce n'est pas parce que l'ouvrier est obligé de livrer, contre une rémunération en argent, la chose une fois faite et qu'à ce propos les règles de la vente pourront intervenir efficacement qu'il y aura nécessairement vente.

On ne saurait dire non plus qu'il y a simultanément vente et louage. Cette solution, en superposant la réglementation légale de deux contrats distincts risquerait en effet de susciter les difficultés, sinon les contradictions que nous avons examinées ci-dessus ¹.

Nous croyons donc plus simple et plus conforme à la réalité profonde des choses de déclarer que, tout en participant en quelque manière de la nature du louage et de celle

1, Cf. *supra*, p. 37 et suiv.

de la vente, le marché à façon constitue en dernière analyse un contrat d'une nature spéciale, contrat innomé qu'il est peut-être possible, en forçant sa nature, de classer arbitrairement dans des catégories légales préétablies mais qui n'en demeure pas moins tout à fait particulier et qui exige des règles propres.

C'est à l'étude de celles-ci que nous devons maintenant nous consacrer en montrant que le marché à façon ne saurait adopter intégralement la réglementation du louage, ni celle de la vente, ni un mélange des deux.

En examinant tour à tour les conditions de validité de cette convention, ses effets et ses modes d'extinction, nous verrons que, s'il se rapproche beaucoup du louage et surtout de la vente, le marché à façon a vis-à-vis d'eux, sinon une autonomie certaine et incontestable, du moins une différence d'organisation juridique et de réglementation technique qui justifie l'objet même de notre thèse.

DEUXIÈME PARTIE

Réglementation technique du marché à façon

Contrat en vertu duquel un entrepreneur s'engage à fabriquer une chose au moyen d'une matière qu'il fournira, et à livrer cette chose une fois terminée, moyennant un prix à celui qui l'a commandée, le marché à façon comporte deux éléments essentiels : une livraison de marchandises et un travail à effectuer.

On comprend alors que, selon les cas, l'une ou l'autre de ces deux obligations de faire ou de donner puisse jouer un rôle prépondérant et ne laisser à l'autre, pour ainsi dire, qu'une simple qualité d'accessoire. Dans la peinture d'un portrait ou dans la rédaction d'un acte par un officier public, la notion de fourniture disparaît complètement, ou presque derrière celle de travail à effectuer et la convention se rapproche beaucoup d'un louage d'ouvrage et d'industrie ; au contraire lorsque l'entrepreneur fournit, outre son travail, des matériaux de très grande valeur, les perles ou les pierres précieuses nécessaires à monter le collier ou les bijoux commandés par un client par exemple, il y a bien plutôt vente que louage. Aussi les règles prévues par le Code civil pour ces deux contrats spéciaux peuvent-elles éventuellement intervenir dans le marché à façon qui, situé à la frontière de ces deux conventions, participe en quelque sorte de la nature de chacune d'entre elles. La réglementation du marché à façon sera donc, selon les cas, selon l'objet

du marché ou selon l'intention des parties, très proche de celle de la vente ou de celle du louage ; elle en diffère cependant, car, nous l'avons vu, la coexistence dans ce contrat de la livraison des marchandises et du travail à effectuer apporte des altérations à la pureté primitive des hypothèses envisagées par le législateur et réglées par lui au titre des différents contrats nommés. La responsabilité du fabricant à raison des risques de perte ou de détérioration de la chose, à raison de la mauvaise exécution par lui du travail commandé, à raison de l'impossibilité d'exécution, n'est pas la même que celle d'un vendeur ou de celle d'un entrepreneur ordinaire ; car d'une part il travaille une matière qui lui appartient et d'autre part, ayant eu le choix des matériaux à ouvrir et une grande autonomie dans la conduite du travail, il est normal qu'il soit présumé connaître parfaitement les qualités et les défauts de la chose qu'il aliène.

De son côté, l'auteur de la commande ne saurait être assimilé à un acheteur ordinaire ou au simple maître de l'ouvrage : au lieu d'abandonner la conception et l'exécution du travail à un tiers, auquel cas il y aurait vente, ou de les conserver par devers lui, le seul mode de rémunération distinguant alors le louage de services du louage d'ouvrage, l'auteur de la commande confie à un tiers l'exécution tout en gardant pour lui la conception de l'ouvrage. Il en résulte que non seulement au moment de la conclusion du contrat, mais encore au cours de son exécution, l'auteur de la commande peut être appelé à donner au fabricant des indications ou des directives utiles ou nécessaires à l'exécution du travail.

Il convient de rechercher ici dans quelle mesure, pour une hypothèse donnée, il n'y a pas lieu d'appliquer au marché à façon, convention autonome, un statut juridique voisin de celui du louage d'ouvrage ou à l'inverse de celui de la vente ; il faut se demander si la notion de livraison de marchandises ne doit pas influencer sur celle de travail à exécuter, et réciproquement. C'est en nous fondant sur cette interférence et cette juxtaposition indivisible des deux obligations de faire et de donner, qui caractérisent le marché à façon et lui donnent sa nature juridique propre, que nous essaierons de dégager la réglementation technique de ce contrat.

CHAPITRE PREMIER

CONDITIONS DE FORMATION ET DE VALIDITÉ DU MARCHÉ A FAÇON

« Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis, déclare l'article 1107, aux mêmes règles générales ».

A défaut de titre spécial dans le Code consacré au marché à façon, ce contrat sera gouverné par les principes généraux du droit des contrats et notamment les articles 1108 et suiv. en fixeront les conditions de formation et de validité.

Mais on peut se demander si la parenté étroite qui unit le marché à façon aux contrats voisins de louage d'ouvrage ou de vente n'apportera pas, en ce qui concerne les conditions de consentement, de capacité, d'objet ou de cause requises par l'article 1108, des altérations plus ou moins sensibles au droit commun.

Si, au titre du louage, le Code ne modifie ni ne précise en rien pour ce contrat spécial, les règles de formation et de validité des conventions en général, au titre de la vente, il établit des règles particulières en ce qui concerne la capacité et l'objet.

Ces dispositions ne sont pas, à notre avis, applicables au marché à façon.

En matière contractuelle la capacité est la règle, l'incapacité l'exception. Les articles 1595 et suiv., au titre de la vente, déclarent certaines personnes incapables d'acheter ou de vendre; et notamment, l'incapacité des tuteurs,

mandataires ou administrateurs... mise à part (car elle suppose l'existence préalable de biens que ces personnes sont chargées de gérer ou de vendre), l'article 1595 prohibe, en principe, la vente entre époux.

Il convient de limiter au seul contrat de vente le champ d'application de cet article : d'une part, en effet, les exceptions au droit commun doivent s'interpréter d'une façon restrictive ; d'autre part, si le risque de donations déguisées ou de fraude des créanciers subsiste dans une certaine mesure, il ne faut pas oublier que, dans le marché à façon, à côté du prix de la matière fournie, il y a la rémunération d'un travail : de plus il est toujours permis aux créanciers de demander l'annulation ou l'inopposabilité à leur égard de la convention lorsque, selon les principes généraux, ou en vertu de l'action paulienne de l'article 1167, ils prouvent l'absence d'une condition essentielle à la validité de la convention ou l'existence d'une fraude de leur droit. Ce sera en particulier le cas lorsque, le prix exigé étant inexistant ou par trop dérisoire par rapport à la valeur de la matière et du travail fournis, ou réciproquement la chose insignifiante en comparaison de la rémunération offerte, on peut établir la simulation et ramener en fait le marché à façon à une donation pure et simple.

En ce qui concerne l'objet, les articles 1599 et suiv. interdisent la vente de la chose d'autrui, d'une succession non ouverte, ou d'une chose qui était « totalement ou partiellement périe » au moment de la vente ; ces dispositions ne peuvent s'appliquer au marché à façon : elles supposent en effet que le contrat porte sur un objet déjà existant, ce qui n'est pas le cas du marché à façon qui exige la fabrication de la chose. Il importe du reste de préciser cette notion de chose future.

Pour qu'il y ait marché à façon, il faut qu'il s'agisse de la confection ou de l'établissement d'une chose nouvelle et non pas de l'amélioration ou de la transformation d'une chose déjà existante, auquel cas il y a louage d'ouvrage ¹.

1. Cf. sur ce point Almen, *Das skandinavische Kaufrecht*, p. 58 et suiv.

Il y a également louage d'ouvrage dans les contrats qui remplacent une partie déterminée d'une chose par une autre qui est nouvelle, sans toutefois transformer la chose dans son ensemble. Cependant lorsque la partie qui doit être remplacée ou adjointe n'est pas absolument inséparable de la chose comprise dans son ensemble — ainsi l'hélice d'un bateau, la roue d'une voiture, le piston d'une machine, le moteur d'un avion — il peut y avoir marché à façon.

L'accessoire a en effet une individualité distincte de l'ensemble auquel il doit ultérieurement être rattaché et on peut estimer qu'à l'égard de cette pièce, il y a marché à façon au même titre que lorsqu'un entrepreneur s'oblige à fabriquer et à livrer à un directeur d'usine des marchandises destinées à prendre place à côté ou au milieu d'un outillage déjà existant, en remplacement d'appareils usés ou détériorés.

Les questions relatives au consentement ne soulèvent, en notre matière, aucune difficulté particulière qui ne soit résolue par les principes généraux du droit.

Pour que le consentement soit efficace, il faut notamment qu'il soit exempt de vices : l'article 1109 stipule en effet qu'« il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol ».

Une application récente de ce principe a été faite par la Cour de Limoges en date du 21 juin 1935¹. L'usage, chez les fabricants de meubles, est de dénommer meubles massifs des meubles fabriqués suivant le procédé dit « à l'échelle », c'est-à-dire composés d'un feuillet extérieur de 6 à 8 mm. de l'essence choisie, d'un autre feuillet de même épaisseur de bois plus commun faisant l'autre face et d'un feuillet intermédiaire en okoumé : pour la généralité des acheteurs, le meuble massif, au contraire, est un meuble dans la fabrication duquel, pour la face et les côtés tout au moins, il n'est employé que du bois d'une seule et même essence. La Cour de Limoges a décidé qu'en ces conditions il appartient

1. Limoges, 21 juin 1935, S. 1935.2.240.

au fabricant qui reçoit une commande de meubles massifs d'éclairer son client sur la signification de cette expression ; au cas où il néglige de le faire, le meuble livré doit être repris par le fabricant, le consentement de l'auteur de la commande étant vicié par une erreur sur la qualité substantielle de la chose.

Il semble bien qu'en l'espèce, il y ait moins eu erreur sur la qualité substantielle de la chose qu'absence de consentement, que le concours nécessaire des volontés des deux parties qui s'obligent, ne se soit pas produit.

Si on remarque une certaine tendance à « substituer à la considération de la volonté des parties celle de la confiance légitime que l'activité volontaire de chacune d'elles procure à l'autre¹ » et si, le défaut de stipulation expresse dans le marché prouve que l'auteur de la commande a accepté de se fier à son contractant, on ne saurait conclure que les parties ont entendu souscrire à des usages qui n'étaient pas « raisonnables ». Et l'arrêt de la Cour de Limoges indique bien que cet usage n'était pas « raisonnable », puisqu'il impose au fabricant de meubles massifs l'obligation d'avertir son client de la signification de cette expression.

On peut considérer alors qu'en fait il n'y a pas eu véritablement échange valable de consentement.

Ces notions de confiance légitime et d'usage raisonnable se retrouvent en ce qui concerne la fixation du prix. Le plus souvent, le montant de la rémunération due a été fixé lors de la conclusion du contrat ; ou bien on a mentionné les éléments propres à le déterminer. Mais il se peut que l'acquéreur se soit remis à la discrétion du fabricant ou que le contrat ait été stipulé « au prix que vaut la chose ».

Ces modalités sont tout à fait licites, et, malgré l'absence provisoire de fixation de prix, le contrat n'en sera pas moins valable. L'acquéreur a entendu alors contracter selon les usages communément admis et promettre un prix raisonnable ; nous reviendrons du reste ultérieurement sur cette question².

1. Gounot, *op. cit.*, p. 157.

2. Cf. *infra*, p. 154 et suiv.

Le consentement peut n'avoir été accordé que sous certaines réserves ou conditions : la portée de ces stipulations ne sera pas la même selon qu'on se trouve en présence d'une vente ou d'un marché à façon.

L'article 1588 indique que la vente faite à l'essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive. La vente ne sera parfaite que si l'essai a été concluant. Cette disposition ne saurait s'interpréter dans le même sens en ce qui concerne le marché à façon. Ce contrat sera obligatoire pour les parties dès l'échange des consentements ; si on ne peut considérer la réalisation future de la chose comme une condition du marché, puisqu'elle en est un élément essentiel, on ne peut pas davantage subordonner l'existence du contrat à l'essai de la chose une fois terminée.

Le client qui a commandé un vêtement sur mesure est, dès le moment de la conclusion du marché, définitivement lié : il ne peut pas suspendre la validité de son engagement à un essayage du vêtement. Dès l'origine, il y a eu contrat parfait, contrat créant à la charge de l'ouvrier une obligation de faire et une obligation de donner ; et ce n'est que lorsque l'obligation de fabriquer aura déjà été, partiellement ou totalement, exécutée que les essais pourront avoir lieu ¹.

La vente à l'essai suppose l'existence préalable de la machine à vendre : le marché à façon exigeant de la part de l'entrepreneur la fabrication de la chose à essayer, il est bien évident que la condition n'intéressera pas la formation du contrat, mais son exécution. L'essai constituera alors la preuve de la bonne exécution du marché ; la condition ne sera plus suspensive, mais en quelque sorte résolutoire.

Il en est de même en ce qui concerne la vente *ad gustum* de l'article 1587 ; « à l'égard des choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, il n'y a point vente tant que les choses n'ont pas été goûtées et agréées par l'acheteur ». Cette disposition ne saurait s'appliquer au

1. Cf. dans le paragraphe consacré à l'obligation de délivrance et à l'obligation de garantie (p. 103 et suiv.) les conséquences d'une exécution défectueuse ou d'une inexécution de cette obligation, et notamment p. 111 et suiv. la faculté donnée à l'auteur de la commande de laisser pour compte la chose (en l'espèce le vêtement) à celui qui l'aura fabriqué.

marché à façon, puisque dans ce contrat la fabrication de la chose, autant que l'aliénation ultérieure de celle-ci, une fois terminée, constitue l'objet du marché.

Mais le marché à façon peut contenir d'autres modalités. Ainsi il peut exister dans le contrat une clause « sous bonnes références » ou « sauf agréage ». L'utilité de telles clauses est de permettre à l'entrepreneur de se dégager du contrat et de cesser la fabrication commencée lorsqu'il y a lieu de craindre que la convention ne soit pas ou ne puisse pas être exécutée correctement par l'auteur de la commande, en particulier lorsque l'état des affaires de celui-ci justifie un prochain dépôt de bilan ou une faillite certaine ; et d'autoriser réciproquement l'auteur de la commande à attendre l'achèvement de l'ouvrage pour se considérer comme définitivement lié.

Mais il ne faut pas que ces clauses, en principe licites, arrivent à constituer les conditions purement potestatives prohibées par l'article 1174 du Code civil : en réalité, il n'y aurait pas alors volonté formelle et non équivoque de s'obliger, et le contrat serait nul faute de consentement ¹.

Dans un arrêt de la Cour de Colmar en date du 23 décembre 1929, on peut lire ² :

« Dans une vente, est licite et valable à titre de condition résolutoire la clause « sous réserve de bons renseignements », par laquelle le vendeur entend ne plus devoir livrer pour le cas où l'insolvabilité de l'acheteur ou sa solvabilité douteuse serait révélée par des renseignements à provoquer éventuellement. Mais une telle clause ne saurait constituer une condition purement potestative, interdite par l'article 1174. En conséquence, le vendeur qui refuse de livrer peut toujours être appelé à justifier les allégations qu'il formule relativement aux mauvais renseignements donnés sur la solvabilité de l'acheteur ».

De plus il ne faut pas que la clause insérée dans le marché soit contraire à l'ordre public, et en ce sens la Cour de Rouen

1. Cf. sur ce point Req. 11 mars 1879, D. 1881.1.34 ; Civ. 25 novembre 1896, D. 1897.1.34 ; Req. 22 octobre 1923, D. 1924.1.77.

2. Colmar, 23 décembre 1929, *Rev. Als. Lorr.*, 1930.143.

a déclaré¹ que « la clause d'un marché portant que l'acheteur n'aurait jamais le droit de refuser l'expédition quelle que soit la différence de valeur entre la livraison et le type, serait sans effet quand, s'agissant de denrées, la marchandise n'est ni loyale ni marchande »².

Ce rapide examen des conditions requises pour la validité du marché à façon nous conduit à constater qu'à cet égard, la réglementation de ce contrat ne déroge en rien aux principes généraux du droit des contrats : il convient alors d'en étudier les effets et nous verrons que là aussi les règles générales communes à toutes les conventions suffisent, dans l'ensemble, à donner au marché à façon son statut juridique et à résoudre la plupart des questions soulevées par la coexistence dans cette convention d'une obligation de faire et d'une obligation de donner.

1. Rouen, 21 avril 1932, *Rec. Rouen et Caen*, 1933.1.18.

2. Cf. également Trib. com. Havre, 2 décembre 1930, *G.P.*, 1931.1.332.

CHAPITRE II

EFFETS DU MARCHÉ A FAÇON

Contrat relatif à l'aliénation d'objets corporels mobiliers à fabriquer, le marché à façon crée à la charge du fabricant une obligation de faire et une obligation de donner. Il impose d'autre part à l'auteur de la commande une obligation essentielle de donner (celle de payer le prix convenu) et accessoirement une obligation de faire (celle de fournir à l'entrepreneur les renseignements utiles ou nécessaires à l'exécution du contrat).

Nous les étudierons successivement tout en observant que dans la réalité, on ne saurait opérer une telle séparation, le marché à façon réunissant ces deux obligations dans une même opération économique.

Section I

Obligation de faire

Cette obligation doit être envisagée non seulement du côté de l'entrepreneur chargé de fabriquer l'ouvrage, mais aussi du côté de l'auteur de la commande.

Le marché à façon suppose en effet une certaine collaboration entre les deux contractants : la création de la chose, qui permettra l'exécution même du contrat, est parfois liée à l'accomplissement d'une prestation promise par l'auteur de la commande, à une « spécification » de sa part, ce mot étant pris dans un sens très large.

Nous consacrerons un premier paragraphe à l'examen de ce devoir du créancier de participer d'une façon active à l'exécution du contrat.

Dans un second paragraphe, nous traiterons de l'obligation du fabricant de confectionner la chose conformément aux clauses du contrat, en insistant en particulier sur la possibilité de rompre le marché lorsque, dès avant l'échéance du terme fixé pour l'achèvement de l'ouvrage, il devient certain que le contrat ne sera pas exécuté.

§ 1. — *Obligation de faire de l'auteur de la commande.*
Spécification

La spécification consiste, en notre matière, dans l'obligation qui incombe au créancier de fournir au débiteur certains renseignements qui lui sont utiles ou indispensables pour exécuter le contrat.

En réalité, il y a plus ici collaboration de l'auteur de la commande à l'exécution du contrat que spécification à proprement parler, ce mot traduisant habituellement le fait pour un acheteur de choses de genre, d'avoir à indiquer à son vendeur la quantité, la qualité, la forme ou toute autre particularité des marchandises à livrer. Nous élargissons donc ici le sens traditionnel de ce terme et englobons sous cette terminologie tout le contenu de l'obligation de faire qui peut éventuellement être imposée à l'auteur de la commande.

C'est ainsi qu'il y aura spécification lorsqu'une personne essaye chez un tailleur le vêtement sur mesure qu'elle a commandé, lorsqu'une personne pose chez un artiste pour son portrait, lorsque le maître de l'ouvrage fournit à son contractant une prestation quelconque utile ou nécessaire à la fabrication même de la chose.

Cette obligation de spécifier peut être secondaire : il en sera ainsi par exemple lorsque l'acquéreur s'est réservé le droit d'indiquer ultérieurement à son contractant la forme, la mesure ou toute autre particularité de la chose ; elle peut être essentielle, et ce sera le plus souvent le cas dans le marché à façon où, avant le commencement de l'ouvrage

ou au cours de son exécution, l'ouvrier a besoin de renseignements faute desquels l'ouvrage ne saurait être fabriqué, ou du moins achevé d'une façon satisfaisante.

La question qui se pose est alors de savoir quels seront les moyens dont l'entrepreneur disposera pour obtenir cette spécification utile ou nécessaire à l'exécution du contrat.

A défaut d'exécution volontaire de la part de l'auteur de la commande, sera-t-il possible d'admettre en faveur de l'entrepreneur une action en exécution de la spécification ? pourra-t-on éventuellement lui reconnaître la faculté d'opérer lui-même cette spécification ?

Dans certains cas, une collaboration personnelle de l'auteur de la commande est nécessaire, que celui-ci ait à fournir à l'ouvrier le modèle d'une marque à reproduire ou les plans d'une machine nouvelle à construire, à mettre à sa disposition la pièce dans laquelle il devra prendre les dimensions d'une bibliothèque à fabriquer ou à se présenter en personne lorsqu'il s'agit de la confection d'un vêtement sur mesure ou d'un portrait.

Mais il est des cas où cette spécification peut être, le cas échéant, utilement faite par l'ouvrier lui-même. Celui-ci sera-t-il autorisé à opérer lui-même la spécification, quitte à en avertir par lettre l'auteur de la commande et à lui donner un délai pour modifier la décision prise, lequel délai passé la spécification sera considérée comme définitive.

Soit par exemple la commande d'un vêtement sur mesure pour lequel trois essayages ont été prévus et deux déjà effectués ; ne peut-on admettre, si le client refuse de venir une troisième fois chez le tailleur, que l'auteur de la commande a tacitement renoncé au troisième essayage, et que le vêtement peut être livré après les retouches faites à la suite du deuxième essayage ?

Un arrêt du Tribunal de commerce de Rouen en date du 18 février 1935¹, a fait application de ce principe : un fabricant reçoit une commande d'objets en tissu dit éolienne, qui est livré tantôt sec, tantôt gratté. Il expédie du tissu

1. Trib. com. Rouen, 18 février 1935, *Rec. Havre*, 1935.2.188.

gratté, et l'auteur de la commande le refuse en disant que ce genre de marchandises ne pouvait se vendre dans sa région et qu'il avait entendu commander du tissu sec.

Les juges consulaires ont déclaré qu'« en livrant sans plus ample information du tissu gratté, le fabricant avait agi à ses risques et périls et à l'encontre des désirs probables de son client ».

On peut déduire de cet arrêt que, en face d'une commande insuffisamment précise, le fabricant aurait dû demander à son contractant des renseignements complémentaires, solliciter une spécification ; mais s'il a demandé à son client des précisions qui lui ont été refusées, ou si la commande spécifie la nécessité d'une exécution d'urgence, le fabricant doit avoir la possibilité d'opérer lui-même d'une façon utile la spécification indispensable à l'exécution du contrat.

Avant d'examiner ce moyen extrême d'obtenir la spécification et sa licéité même, il convient de rechercher si l'entrepreneur ne dispose pas d'une action en exécution de la spécification ou à son défaut d'autres moyens. Et tout d'abord quand et comment l'ouvrier pourra-t-il manifester à l'auteur de la commande son désir d'obtenir la spécification ?

Le Code civil reste muet sur ces importantes questions, pourtant si fréquentes et si pratiques. Il faut donc s'en tenir au droit commun et déduire la solution de ces problèmes des seuls principes généraux du droit des contrats, et notamment de la règle que les conventions doivent être exécutées de bonne foi.

Il se peut que lors de la conclusion du marché, une date ait été fixée à l'auteur de la commande pour opérer la spécification ; les essayages du vêtement ou les séances de pose pour le portrait devront se faire tel et tel jours précisés expressément : dans ce cas, l'auteur de la commande devra se présenter au jour et au lieu convenus et donner dans les formes prévues les renseignements qu'il a promis. Faute par lui de le faire, il pourra être mis en demeure d'opérer la spécification : il le sera même de plein droit lorsque, conformément aux articles 1139 et 1146, la convention stipule que « sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule

échéance du terme, le débiteur de la spécification sera en demeure, ou lorsque la chose que le maître de l'ouvrage s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer ».

Si la convention n'a stipulé aucun terme pour opérer la spécification, une sommation ou tout autre acte équivalent de la part de l'entrepreneur sera nécessaire conformément à l'article 1139.

Pour que l'absence de spécification puisse entraîner des conséquences juridiques, il faut qu'elle soit imputable à faute : si la sommation n'est pas parvenue à l'auteur de la commande, ou s'il a été empêché par cas fortuit ou par force majeure de faire connaître à l'ouvrier sa réponse, s'il se trouve dans une hypothèse quelconque exclusive de la notion de faute, l'auteur de la commande ne sera pas en demeure et les sanctions du droit ne lui seront pas applicables.

Il en est différemment lorsque la non-spécification est son fait, soit qu'il ait laissé expirer, sans agir, le délai stipulé dans la convention pour opérer la spécification, soit qu'il ait déclaré expressément qu'il ne fera pas la spécification.

En ce cas, de quels moyens juridiques disposera l'ouvrier et quelles seront les conséquences de ce refus de collaboration de la part du maître de l'ouvrage sur les obligations et sur l'existence du contrat lui-même ?

L'application des principes du droit commun en la matière nous conduit à exclure la possibilité pour l'entrepreneur d'agir en exécution de la spécification. Il s'agit en définitive ici d'une obligation de faire et on ne saurait en principe exiger de l'auteur de la commande l'accomplissement d'un acte qu'il ne veut pas faire ; ce n'est là que la répétition du brocard bien connu, que le président Antoine Favre formulait au cours du xvi^e siècle devant le Parlement de Chambéry : « *Nemo potest precise cogi ad factum quia sine vi et impressione id fieri non potest ideoque in obligationibus facienti succedit praestationi ejus quod interest* ».

Dès lors que la spécification comporte un élément personnel, celle-ci ne peut pas être exigée *manu militari*,

parce que cela serait contraire à l'ordre public ; une action en exécution de la spécification n'aurait alors aucune utilité, aussi devons-nous en principe la refuser à l'entrepreneur.

C'est ce qui résulte du reste des termes de l'article 1142 qui déclare que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts au cas d'inexécution de la part du débiteur.

Il ne semble pas toutefois que l'ouvrier doive toujours se contenter de simples dommages et intérêts et, par suite, faute d'obtenir une spécification sans laquelle il ne peut exécuter le contrat, être contraint de subir ou de demander la résolution du marché tout entier.

Le principe fondamental de notre droit est que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et qu'elles doivent être exécutées de bonne foi ». Le créancier doit obtenir avant tout la prestation qui lui a été promise ; le débiteur est tenu en conséquence d'exécuter à l'époque et de la manière convenues¹.

L'article 1142 doit donc être considéré comme un article exceptionnel qui ne saurait donner au débiteur le choix entre l'exécution directe et l'exécution par équivalent.

L'exécution en nature reste la règle et ce n'est que dans les cas où celle-ci serait contraire au respect de la dignité humaine, dans les cas où elle aurait pour résultat ou pour moyen nécessaire une coercition matérielle exercée sur la personne du débiteur que l'article 1142 jouera et qu'une action en dommages et intérêts viendra remplacer le droit du créancier d'obtenir l'exécution *in specie*.

Doctrine et jurisprudence s'accordent dans l'ensemble sur ce point, et admettent, pour l'obligation de faire, le principe de l'exécution en nature et la possibilité de son application dans de nombreux cas. Le Code civil a du reste prévu dans les articles 1143 et 1144 certains tempéraments à la règle de l'article 1142, en envisageant la possibilité d'une exécution en nature chaque fois que la satisfaction du créancier peut être obtenue sans le concours du débiteur ou sans une contrainte strictement personnelle de celui-ci.

1. Cf. Cassin, *De l'inexécution des contrats et ses suites*.

Lorsque, dans le marché à façon, la spécification pourra être obtenue par le fabricant « sans le concours de l'auteur de la commande ou sans une contrainte strictement personnelle de celui-ci », il faudra lui reconnaître, conformément au droit commun, une action en exécution de la spécification.

Mais cette hypothèse ne se présentera que bien rarement. Le plus souvent, il s'agira de renseignements ou d'actes qui ne peuvent être donnés ou faits que par l'auteur de la commande en personne, qui requièrent une prestation personnelle de la part de celui-ci parce qu'il s'agit de la communication d'un dessin ou d'un plan que lui seul possède, de mesures qui ne peuvent être prises que sur lui, d'essayages qui ne peuvent être faits que par lui. Une action en exécution de la spécification dans ces hypothèses ne saurait être admise.

A défaut de cette action directe en exécution, le droit commun offre à l'entrepreneur des moyens détournés d'obtenir du maître de l'ouvrage la spécification qu'il désire. Mais il faut reconnaître que bien souvent, surtout si l'auteur de la commande persiste dans sa volonté de ne pas agir, ces procédés indirects d'obtenir la spécification auront des effets limités.

Le fabricant peut tout d'abord, lorsqu'il s'agit d'une spécification essentielle à l'exécution du contrat, suspendre la confection de l'ouvrage et refuser d'exécuter les obligations qui lui incombent tant que la spécification n'aura pas eu lieu ; mais ce refus passif et provisoire d'exécuter, qui constitue l'*exceptio non adimpleti contractus*, ne présente que peu d'intérêt pour l'entrepreneur, et si l'auteur de la commande persévère dans son inaction, il faudra recourir à la résolution du contrat et à la demande de dommages et intérêts de l'article 1142. L'auteur de la commande se refuse à opérer la spécification parce qu'il y trouve un intérêt, un avantage pécuniaire, ordinairement consécutif à une baisse des tarifs des matières premières ou à une variation dans le taux des prix de la production : il préférera rompre le contrat plutôt que de rester engagé.

A côté de ce premier procédé dont les effets sont assez

précaires, on peut concevoir un autre moyen pour l'entrepreneur d'obtenir la spécification qu'il souhaite : c'est de demander au tribunal de prononcer une astreinte, c'est-à-dire une condamnation pécuniaire à une somme fixe ou à tant par jour de retard, condamnation qui ne deviendra définitive que si l'auteur de la commande n'exécute pas les injonctions du juge.

C'est là un moyen commode d'agir sur la volonté d'une personne et d'obtenir l'exécution en nature et ce procédé a pris au cours du XIX^e siècle un développement considérable, les juges préférant, même si la coercition directe est possible, recourir aux modes de pression indirecte, et ne se résolvant à faire usage de la force publique que lorsqu'ils ne peuvent faire autrement.

Mais si le procédé de l'astreinte est en général efficace, dans certaines hypothèses, ses résultats sont réduits à néant. Chaque fois notamment qu'il s'agit de la prestation d'un fait personnel et que le débiteur de cette prestation refuse de l'accomplir, l'exécution en nature est impossible.

Dans le marché à façon où, ordinairement la spécification exige de la part de l'auteur de la commande une obligation de cet ordre, l'entrepreneur risque de demeurer sans protection. Si le jeu des astreintes ou de l'*exceptio non adimpleti contractus* reste sans résultat, l'article 1142 interviendra et il faudra se contenter de dommages et intérêts, et dès lors que la spécification est essentielle à l'exécution ultérieure de la convention, demander la résolution du contrat, conformément à l'article 1184 qui veut que la condition résolutoire soit sous-entendue pour le cas où, dans un contrat synallagmatique, l'une des deux parties ne satisferait point à son engagement.

C'est là sans doute une solution peu satisfaisante et on peut se demander, si dans certains cas, il ne serait pas possible de maintenir l'existence même du marché malgré la négligence ou la mauvaise volonté de l'auteur de la commande qui se refuse à faire une prestation ou omet de fournir des renseignements parfois bien secondaires.

Ne pourrait-on pas, à défaut de textes contraires, admettre la possibilité pour l'entrepreneur d'opérer lui-même cette spécification ?

S'il s'agit de la prestation d'un fait personnel à l'auteur de la commande, cette solution est impossible, l'ouvrier est désarmé.

Mais si la spécification porte sur des particularités secondaires de la chose, sur des questions de forme ou de présentation qui n'ont pas une grande importance, ou sur des caractéristiques que l'ouvrier peut déterminer sans aucun préjudice pour l'auteur de la commande — (par exemple la teinte d'une carrosserie ou la doublure d'un manteau) — il faut, à notre avis, lui reconnaître le droit d'opérer lui-même la spécification.

Cette solution peut du reste se déduire des termes de l'article 1178 qui déclare que « la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement ». L'auteur de la commande s'est obligé à opérer ultérieurement la spécification : s'il n'exécute pas cette obligation, le fabricant pourra considérer la condition comme accomplie et agir comme si le client ne s'était pas réservé le droit de préciser lui-même les particularités — couleur, forme, présentation ... — de la chose.

Dans une lettre qu'il enverra à l'auteur de la commande, l'entrepreneur indiquera à celui-ci la décision prise et un délai passé lequel la spécification sera considérée comme définitive.

Si en principe, le silence ne vaut pas consentement en Droit français, et s'il est par suite impuissant à créer des obligations, il n'en est pas toujours ainsi, et dès lors qu'il s'agit non plus de la conclusion d'un contrat nouveau, mais de la modification d'un contrat déjà existant, le silence vaudra consentement dans des cas plus nombreux¹.

Dans le marché à façon où les deux parties sont en relation d'affaires, la proposition de spécification contenue dans la lettre de l'entrepreneur constituera une offre et l'absence de réponse dans le délai fixé, de l'auteur de la commande vaudra acceptation par celui-ci des propositions

1. Cf. Req. 8 avril 1936, *G.P.*, 1936.2.207 (le silence vaudra acceptation lorsqu'il s'agit de la modification du contrat ou de la précision des modalités d'exécution du contrat, des conditions de la livraison par exemple).

du pollicitant, reconnaissance et approbation de la spécification faite par l'entrepreneur.

C'est là un procédé tout à fait licite et valable : le droit français admettant en principe l'exécution en nature des obligations, il y a lieu de ne négliger aucun des facteurs propres à l'assurer.

Si l'entrepreneur n'a pas d'action particulière pour obtenir de l'auteur de la commande la spécification, il dispose de moyens indirects efficaces de l'obtenir, lorsque celle-ci ne revêt pas le caractère d'actes personnels à ce dernier ; dans cette dernière hypothèse, il faudra demander au tribunal la résolution du contrat.

Les législations étrangères qui se sont trouvées en face des mêmes difficultés ont eu à rechercher également des solutions qui satisfassent à la fois l'intérêt et les droits de chacun qui sont, en l'espèce, radicalement divergents.

En Angleterre et dans les pays anglo-saxons, le principe de la Common Law est que l'exécution en nature des obligations n'est pas ordonnée par les Cours. Le système concurrent de l'Equity admet bien en certains cas la « specific performance » des contrats, mais l'exercice de ce pouvoir suppose qu'il y a un intérêt particulier pour le créancier à employer cette voie de droit plutôt qu'à demander des dommages-intérêts ; or il est difficile d'imaginer une hypothèse où le fabricant aurait un intérêt particulier à livrer la chose plutôt qu'à obtenir des dommages et intérêts. En conséquence la « specific performance » ne sera jamais ordonnée dans notre hypothèse.

Ce qui pourra arriver, c'est que le fabricant ait écrit à l'auteur de la commande pour lui demander de faire telle ou telle spécification ; il peut lui avoir dit d'autre part que, faute de réponse, il considérerait que l'auteur de la commande désirait faire la spécification de telle ou telle manière, ou qu'il lui abandonnait à lui, fabricant, le soin d'opérer lui-même pour le mieux, la spécification. En ce cas un principe du droit de la preuve, le principe de l'estoppel, interviendra ; l'auteur de la commande, s'il n'a pas répondu dans le délai

fixé par le fabricant ou dans un délai raisonnable, sera « estopped » ; il ne pourra pas faire la preuve en justice que la spécification opérée par le fabricant l'a été contrairement à ses intentions.

L'article 494 du C.O. polonais n'admet pas non plus la contrainte sur la personne de l'auteur de la commande et déclare : « Lorsque l'ouvrage exige la collaboration du maître, l'entrepreneur peut, si le maître ne collabore pas, fixer à ce dernier un délai convenable sous menace de résiliation ; ce délai passé, il peut se désister du contrat ».

En Allemagne, la solution du problème est plus complète. En dehors des règles courantes sur les effets de l'inexécution d'un engagement contractuel, la législation allemande a institué des dispositions propres, qui, sans écarter ou limiter en rien les principes généraux, viennent s'y superposer et s'y ajouter.

L'entrepreneur peut réclamer sous forme de dommages et intérêts la réparation qui lui est due, solliciter une sanction contre l'auteur de la commande, ou sur une plainte éventuelle de celui-ci, opposer l'exception de l'inexécution du contrat ou de son exécution dans un temps non conforme ; il peut aussi demander, au cas où la violation positive du contrat de la part de l'auteur de la commande compromet le but même du contrat, la résolution de celui-ci ; en outre le Code civil allemand offre de nouvelles possibilités au créancier de la spécification.

L'article 643 B.G.B. donne au fabricant le droit de « fixer à l'auteur de la commande pour qu'il puisse revenir à l'accomplissement de l'acte omis un délai raisonnable avec la déclaration qu'il dénoncera le contrat si l'acte n'est pas effectué à l'expiration de ce délai ». Le contrat en ce cas sera considéré comme anéanti lorsque l'acte n'est pas effectué à l'expiration du délai.

Ce n'est là du reste qu'une simple application au contrat d'ouvrage des principes généraux. La seule précision à noter, c'est le mode de fixation des dommages et intérêts : l'article 642 B.G.B. déclare que « le montant de cette indemnité

se déterminera d'une part d'après la durée de la demeure et le montant de la rémunération convenue, d'autre part d'après ce que l'entrepreneur a épargné comme dépenses par suite de la demeure ou d'après ce qu'il a pu gagner par un emploi différent de son travail ».

La législation allemande n'accorde donc pas à l'entrepreneur une action en exécution de la spécification. A son défaut, l'ouvrier pourra-t-il opérer lui-même la spécification, quitte à en avertir l'auteur de la commande et à lui donner un certain délai pour déclarer s'il accepte la spécification ainsi faite ?

En matière commerciale, le Code de commerce allemand autorise un pareil procédé ; l'article 375 H.G.B. dispose en effet : « dans l'achat d'une chose mobilière, l'acheteur auquel il a été réservé de se prononcer sur la forme, la mesure ou toute autre particularité, est obligé de se déclarer au sujet des conditions qui lui sont réservées. S'il tarde à accomplir cette obligation, le vendeur pourra en décider à sa place ou demander, conformément à l'article 326 B.G.B. une indemnité pour non-exécution, ou abandonner la convention.

Dans le premier cas, il devra communiquer à l'acheteur la décision qu'il aura prise et lui impartir en même temps un délai convenable pour en arrêter une autre ; si l'acheteur ne s'est pas prononcé dans le délai, la convention est réglée conformément aux dispositions prises par le vendeur ».

Or on sait que l'article 651 B.G.B. assimile à une vente le marché à façon portant sur une chose fongible ; l'article 375 H.G.B. lui sera donc applicable dès lors que le marché à façon revêt un caractère commercial. L'article 381 H.G.B. étend encore le champ d'action de cette disposition au cas où l'entrepreneur doit livrer une chose mobilière non fongible dont il doit fournir la matière première.

La législation allemande donne donc à l'entrepreneur, tout au moins lorsqu'il s'agit d'un contrat commercial, la possibilité d'opérer lui-même la spécification ; c'est là pour lui un avantage certain, mais ce droit est beaucoup plus pratique dans le domaine de la vente pure et simple que pour le marché à façon.

Si lorsqu'il s'agit de la détermination d'un détail d'im-

portance minime — couleur, inscriptions, décoration de la chose — ce droit peut être efficace, il risque, dans certains cas, de rester sans effet. L'ouvrier ne pourra pas en user parce que cette spécification, ces renseignements que l'auteur de la commande doit donner, ou ces actes qu'il doit faire sont tellement essentiels et tellement personnels à ce dernier que, sans son concours, la fabrication de l'objet s'avère impossible. S'il s'agit par exemple d'un contrat par lequel un fabricant s'engage à construire une machine ou un artiste à brosser un portrait, comment l'entrepreneur exécutera-t-il le marché si l'auteur de la commande se refuse à poser ou à livrer les plans et instructions nécessaires ? Le remplacement, en cette matière, du maître de l'ouvrage ne se conçoit pas.

La seule solution est alors, à défaut de l'utilisation des procédés indirects pour obtenir l'exécution en nature de la prestation promise, de porter l'affaire devant les tribunaux et de demander des dommages et intérêts pour inexécution, ou la résolution de la convention

Le Projet de loi internationale sur la vente élaborée en 1935 par l'Institut International de Rome pour l'unification du droit privé, projet qui assimile aux ventes pour son application les contrats de livraison d'objets mobiliers corporels à fabriquer ou à produire lorsque la partie qui s'oblige à livrer doit fournir les matières principales nécessaires à la fabrication ou à la production admet dans son article 85, à côté du droit de demander la résolution du contrat, la possibilité pour le fabricant-vendeur, du moins dans les pays où règne le principe de l'exécution en nature des obligations, d'opérer lui-même la spécification. « Si dans le contrat l'acheteur s'est réservé le droit de déterminer ultérieurement la forme, le mesurage ou d'autres modalités de la chose, et s'il n'a pas effectué cette spécification soit à la date convenue expressément ou tacitement, soit sur une injonction du vendeur faite après l'expiration d'un délai raisonnable, le vendeur peut déclarer la résolution du contrat et demander des dommages et intérêts conformément aux articles 76 à 79, sans procéder lui-même à la spécification.

Lorsque la loi nationale du tribunal saisi admet le droit d'exiger l'exécution du contrat en nature, le vendeur peut aussi effectuer lui-même la spécification d'après les besoins de l'acheteur tels qu'il les connaît. Le vendeur doit en ce cas faire connaître à l'acheteur les modalités de la chose telles qu'il les a précisées et lui fixer un délai raisonnable pour une spécification différente. Si l'acheteur ne profite pas de ce délai, la spécification effectuée par le vendeur est obligatoire ».

§ 2. — *Obligation de faire du fabricant.
Confection de la chose*

Nous avons déjà marqué l'importance que présentait la création de la chose pour la validité même du contrat. Il importe d'envisager ici le droit pour l'auteur de la commande d'obtenir l'exécution en nature de cette obligation de faire, de contraindre l'entrepreneur à confectionner l'ouvrage « de telle sorte qu'il possède les qualités assurées ».

Il faut également rechercher si, lorsque l'ouvrier n'entreprend pas la fabrication — (ou lorsqu'il l'entreprend dans des conditions telles que l'exécution au terme convenu apparaît comme impossible) — l'auteur de la commande n'a pas certains droits avant l'arrivée de ce terme. A l'inverse, lorsque l'auteur de la commande, avant ou au cours de la fabrication de la chose, fait savoir au fabricant qu'il n'exécutera pas le contrat à l'échéance, l'entrepreneur est-il obligé de commencer ou de fournir le travail, ou ne peut-il pas d'ores et déjà considérer le contrat comme résolu ?

« Le contrat, écrit M. Madray ¹ dans son étude des *Contrats d'après la récente codification privée faite aux Etats-Unis*, ne fait pas seulement naître à la charge du débiteur l'obligation d'accomplir un fait positif, l'exécution de la prestation à son échéance ; il engendre en outre des obligations négatives qui entrent en jeu dès l'instant où le contrat est conclu : si le débiteur accomplit certains actes ou fait certaines déclai-

1. Madray, *Les contrats d'après la récente codification privée faite aux Etats-Unis*, p. 137.

rations qui manifestent sa volonté de ne pas exécuter l'engagement au jour fixé dans le contrat, le créancier peut, sans attendre l'échéance, faire déclarer le contrat rompu; il aura, dès cet instant, la faculté d'obtenir des dommages et intérêts et les tribunaux pourront lui accorder à l'avance le droit d'exiger l'exécution en nature de l'obligation, droit qu'il s'empressera de mettre en œuvre le jour même où la dette viendra à l'échéance. La rupture du contrat se produisant avant l'époque fixée pour l'exécution, on dit qu'il y a rupture anticipée : le contrat est rompu parce que le débiteur a répudié ses engagements ».

Cette rupture anticipée du contrat, ou plus exactement ce droit d'invoquer la rupture du contrat par répudiation anticipée (anticipatory repudiation as a total breach, précise le Restatement américain de 1932) que nous invoquons ici à propos de la confection de la chose n'est pas du reste particulière à cette obligation et nous nous demanderons dans le chapitre consacré aux modes d'extinction du marché à façon, s'il ne convient pas de l'étendre, et à l'exemple de certaines législations étrangères (Angleterre, Pays Scandinaves), et de certain projet (projet de loi internationale sur la vente), d'en faire une théorie générale du droit des contrats.

D'une façon générale, il y a lieu d'appliquer en ce qui concerne l'obligation de fabriquer la chose, les principes généraux adoptés par le Code, et notamment les règles étudiées ci-dessus¹ (principe de l'exécution en nature, moyens indirects de l'obtenir), à propos de l'obligation de spécification imposée à l'auteur de la commande, conservent toute leur valeur.

Dans toutes les conventions, la considération de la personne avec laquelle on contracte entre toujours plus ou moins en ligne de compte : dans le marché à façon, contrat voisin du louage d'ouvrage, cet *intuitus personnae* s'affirme avec une certaine netteté; c'est toujours en définitive l'obligation d'un fait personnel que l'ouvrier contracte et c'est ce qui explique que le fabricant doive exécuter l'ouvrage

1. Cf. *supra*, p. 71.

en personne ou le faire exécuter sous sa direction personnelle par des préposés dont il répond.

S'il est autorisé exceptionnellement à ne pas exécuter en personne, si le contrat lui permet de céder son marché à un sous-traitant, il n'en demeure pas moins responsable, dans la mesure indiquée, de toute inobservation des clauses de la convention.

Un jugement du Tribunal de commerce de Marseille en date du 3 juin 1931¹, a déclaré en ce sens que les cessions ou reventes de marchandises n'exonèrent le cédant de l'obligation d'exécuter ces contrats que si elles sont conclues avec une stipulation expresse de libération : à défaut le cédant reste tenu à l'égard du cessionnaire de toutes les obligations du vendeur, notamment au cas de défaillance du premier contractant.

Cet *intuitus personae* n'offre cependant pas toujours dans le marché à façon le même degré d'intensité. Il est susceptible de varier et si son rôle est considérable dans la commande d'un portrait à un artiste de renom, il peut être moins décisif dans d'autres marchés : il en sera ainsi par exemple dans le cas où une personne commande à un fabricant déterminé des objets que celui-ci a déjà en son magasin parce qu'il les a confectionnés à l'avance, ou des choses qui pourraient éventuellement être trouvées toutes faites dans le commerce.

Le fabricant doit confectionner la chose dans le temps prévu de telle sorte qu'elle possède les qualités assurées.

En principe, l'exécution de cette obligation de faire ne concerne que l'entrepreneur et, sauf l'hypothèse d'une spécification nécessaire de sa part, l'auteur de la commande n'aura pas à intervenir.

Ce n'est que lorsque la prestation promise sera exigible à l'époque fixée pour la livraison, qu'il saura si cette obligation de faire a été correctement exécutée et qu'il pourra agir en conséquence.

Mais on peut se demander si, à l'exemple des législations étrangères, il n'y a pas lieu d'accorder à l'auteur de la

1. Trib. com. Marseille, 3 juin 1931, *Rec. Marseille*, 1931.1.219.

commande un droit d'intervention au cours de la fabrication et si on ne peut pas concevoir la possibilité d'une « rupture anticipée du contrat », c'est-à-dire d'une résolution du contrat avant le terme prévu pour son exécution, lorsqu'il devient certain que le marché ne sera pas exécuté ou sera exécuté d'une façon défectueuse à l'échéance convenue.

Il se peut tout d'abord qu'au cours de la conduite de l'ouvrage, il apparaisse que l'entrepreneur exécute d'une manière défectueuse ou contraire à la convention : on ne voit pas pourquoi en ce cas, on n'autoriserait pas l'auteur de la commande qui a eu connaissance de cette exécution non conforme à demander au fabricant de modifier sa façon d'agir et de fabriquer l'ouvrage de telle sorte qu'il ne puisse pas être refusé le jour de la livraison. Il semble même qu'il faille voir là, non pas une simple faculté, mais une véritable obligation : il y a en effet, dans le marché à façon, nécessité d'une certaine collaboration entre les deux contractants et d'autre part, il est de tradition dans notre droit que le créancier doit limiter, dans la mesure du possible, l'extension du dommage et par suite le montant de l'indemnité due par le débiteur.

L'auteur de la commande, en l'espèce, fixera à l'entrepreneur un délai raisonnable passé lequel, si l'entrepreneur n'a pas corrigé les défauts ou modifié sa façon d'exécuter, il pourra se désister du contrat et confier la réparation ou la continuation des travaux à un tiers. C'est ici en quelque sorte pour l'obligation de faire, l'équivalent du remplacement que nous étudierons ultérieurement à propos de l'obligation de donner.

En ce sens, l'article 366 C.O. suisse déclare : « ... lorsqu'il est possible de prévoir avec certitude pendant le cours des travaux que, par la faute de l'entrepreneur, l'ouvrage sera exécuté d'une façon défectueuse ou contraire à la convention, le maître peut fixer ou faire fixer à l'entrepreneur un délai convenable pour parer à ces éventualités en l'avisant que, s'il n'exécute pas dans le délai fixé, les réparations ou la continuation des travaux seront confiées à un tiers aux frais et risques de l'entrepreneur ».

L'article 485 C.O. polonais se prononce dans des termes analogues.

Dans l'article 634 B.G.B., la législation allemande fait application de la même idée : lorsque, déjà avant la livraison de l'ouvrage, un défaut se révèle, l'auteur de la commande peut immédiatement fixer un délai avec la déclaration que passé ce délai, il rejettera la suppression du défaut. Ce délai raisonnable doit nécessairement être fixé de telle sorte qu'il n'expire pas avant le délai fixé pour la livraison. Après l'expiration du délai, l'auteur de la commande peut exiger la résolution du contrat ou une réduction de la rémunération : le fabricant ne saurait alors prétendre à la réparation de l'ouvrage.

Le Code civil allemand ajoute qu'il n'y a pas nécessité de fixer un délai lorsque la suppression du défaut est impossible ou lorsque l'entrepreneur s'y refuse ou lorsqu'un intérêt particulier de l'auteur de la commande justifie la mise en œuvre immédiate de l'action en résolution du marché ou en diminution de prix.

Mais il y a lieu d'envisager, à côté de cette hypothèse d'exécution défectueuse de l'obligation de faire, le cas où c'est la fabrication même de la chose qui est compromise. On peut imaginer que, l'achèvement et la livraison d'une commande devant être effectués pour une date déterminée, un incendie vienne détruire totalement l'usine dans laquelle les objets étaient fabriqués : il est dès maintenant certain que l'exécution du contrat ne pourra pas être obtenue dans les conditions de temps et de lieu prévues ; à supposer que la considération de l'entreprise ait joué dans la conclusion du contrat un rôle décisif, on ne voit pas pourquoi le créancier assuré de ne pas obtenir l'exécution conforme de son marché serait obligé d'attendre l'époque fixée pour la livraison, pour demander la résolution du contrat.

Il en est de même lorsque le fabricant entreprend la fabrication dans des conditions telles que l'exécution au terme convenu apparaît comme impossible¹ ou lorsque l'entrepreneur a déclaré d'une façon non équivoque sa volonté de ne pas exécuter.

1. Cf. Colmar, 20 avril 1929, *Rev. Als. Lorr.*, 1930, p. 207.

Sans doute, nous le verrons, l'auteur de la commande peut exercer le droit que lui confère l'article 1794 du Code civil, et résilier unilatéralement le marché, ce qui aboutit en fait à le dégager d'un contrat devenu impossible ; mais il devra alors indemniser le fabricant de tous ses travaux, de toutes ses dépenses et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans l'entreprise ; cette obligation de tenir compte du profit espéré est inadmissible lorsque le défaut d'exécution est imputable au fait ou à une faute de l'entrepreneur.

De plus le bénéfice de l'article 1794 est réservé au maître de l'ouvrage ; de quels moyens l'entrepreneur disposera-t-il de son côté lorsqu'il est dès maintenant certain que son contractant n'exécutera pas le contrat à l'échéance ?

Si le fabricant craint que l'ouvrage ne soit pas payé, il pourra bien retenir la chose jusqu'au paiement du prix et exiger l'exécution simultanée des obligations, à condition toutefois que le marché ne lui impose pas d'exécuter le premier.

Mais pourra-t-il se dégager du contrat lorsque, avant l'échéance du délai fixé pour l'exécution du marché, l'auteur de la commande lui fait savoir qu'il n'exécutera pas le contrat ? Est-il autorisé à suspendre la fabrication de la chose commandée si celle-ci est commencée ou à ne pas l'entreprendre ? En un mot, est-il possible de considérer d'une façon générale un contrat comme susceptible d'être résilié lorsque, dès à présent, il devient certain qu'il ne sera pas exécuté conformément aux clauses prévues ou qu'il restera finalement sans exécution ?

Une réponse affirmative à cette question, qui serait pourtant très rationnelle, ne semble pas devoir être admise dans l'état actuel de notre droit. Certains tribunaux s'orientent cependant en ce sens : ainsi le Tribunal de commerce du Havre¹ a jugé que « lorsque dans une vente où un délai extrême de livraison a été fixé, l'acheteur a suffisamment fait connaître ses intentions pour que le vendeur n'ait pas été dans l'obligation d'attendre le délai de livraison extrême fixé au marché pour faire valoir ses droits à une indemnité

1. Trib. com. Havre, 24 novembre 1934, *Rec. Havre*, 1935.1.68.

de résiliation ; en présence du refus, il peut de suite agir en résiliation et en dommages et intérêts ».

De même, le Tribunal de commerce de Marseille a décidé le 2 février 1927¹ que « s'agissant d'un marché à exécuter sur plusieurs mois, le vendeur, par sa déclaration réitérée qu'il n'exécutera pas le marché autorise l'acheteur, dès la date de la première livraison, à considérer la résiliation comme définitivement acquise, sans qu'il y ait à renouveler sa mise en demeure à l'échéance de chaque mensualité ».

Il est difficile en cette matière de faire intervenir l'article 1188 du Code civil et d'invoquer une quelconque déchéance de terme : car l'interprétation de cet article est limitative.

Mais on peut dire qu'en manifestant nettement sa volonté de ne pas exécuter, l'auteur de la commande a déjà violé le contrat. De même que le créancier en face d'un refus d'exécuter de son débiteur peut légitimement se remplacer, de même le débiteur devant le refus « anticipé » de son créancier d'exécuter le contrat pourra demander au tribunal la liquidation du marché.

En agissant de la sorte, l'entrepreneur ne fait qu'exercer le droit qui lui est conféré par l'article 1184 : la déclaration de l'auteur de la commande qu'il n'exécutera pas équivaut à une véritable inexécution de sa part ; la résolution du contrat pourra donc être réclamée par la victime de l'inexécution.

Mais que la rupture anticipée du contrat soit le fait de l'entrepreneur ou celui de l'auteur de la commande, un problème se pose, celui de déterminer le montant des dommages et intérêts dus à la victime de l'inexécution.

Nous renvoyons pour l'étude de cette question aux développements qui seront ultérieurement donnés à propos des modes d'extinction du marché à façon².

Cette théorie de la rupture anticipée des contrats a été consacrée expressément ou implicitement dans un certain nombre de pays étrangers.

1. Trib. com. Marseille, 2 février 1927, *G.P.*, 1927.1.598.

2. Cf. *infra*, p. 176.

L'article 484 C.O. polonais déclare : « lorsque l'entrepreneur diffère l'exécution ou l'achèvement de l'ouvrage de telle sorte qu'il n'est pas possible de prévoir s'il sera en mesure de l'achever pour l'époque convenue, le maître peut se désister du contrat sans attendre le terme fixé pour l'exécution ».

De même, dans l'article 366 C.O. suisse : « si l'entrepreneur ne commence pas l'ouvrage à temps, s'il en diffère l'exécution contrairement aux clauses de la convention ou si, sans la faute du maître, le retard est tel que, selon toute prévision, l'entrepreneur ne puisse pas l'achever pour l'époque fixée, le maître a le droit de se départir du contrat sans attendre le terme prévu pour la livraison ».

La législation scandinave nous parle à plusieurs reprises « d'anticipered mora », en envisageant les conséquences de l'inexécution future certaine tant du côté du débiteur que du créancier ; les cas d'application de cette théorie sont nombreux, qu'il s'agisse du refus de l'entrepreneur de commencer ou de poursuivre le travail de sorte que celui-ci ne peut être terminé en temps utile, de la négligence de l'auteur de la commande qui oublie ou n'accepte pas d'effectuer la spécification et de prendre les mesures qui permettent l'exécution du contrat ou de la volonté nettement exprimée par celui-ci de se soustraire à ses engagements.

Mais pour que la résolution du contrat pour rupture anticipée puisse jouer, il faut que l'inexécution future du marché soit une certitude et non pas seulement une probabilité. Notamment si l'entrepreneur lui-même avertit son client, ou réciproquement si l'auteur de la commande prévient le façonnier qu'il n'exécutera pas le contrat, la résiliation du marché, dès avant la date de l'échéance, doit être possible, et le droit de la demander ouvert à la victime de l'inexécution future quelle qu'elle soit, entrepreneur ou auteur de la commande.

Le droit anglo-saxon s'inspire des mêmes principes dans la théorie de l'anticipatory breach of contract.

C'est également en ce sens que se prononce le Projet de loi internationale sur la vente : article 110 « lorsque dès avant la date prévue pour l'exécution, l'une des parties se conduit de telle façon qu'elle a manifesté sa volonté de ne pas exécuter le contrat, l'autre partie, pourvu qu'elle le fasse savoir dans un bref délai, est en droit de résoudre le contrat ».

Section II

Obligation de donner

Une fois l'obligation de faire exécutée, une fois l'objet de la commande fabriqué par l'entrepreneur conformément aux stipulations du contrat, il demeure à la charge des parties une obligation essentielle, celle de donner.

Le travail de l'entrepreneur n'avait en effet d'autre fin que de créer une chose susceptible d'être transférée à l'auteur de la commande et celui-ci, de son côté, ne s'était engagé que dans le but d'acquérir moyennant un prix la propriété de cette chose.

L'obligation de faire est ici subordonnée à l'obligation de donner comme le moyen au but. Nous examinerons dans ce chapitre les questions que l'exécution de cette obligation soulève en déterminant l'influence que la nature propre et les aspects particuliers de ce contrat peuvent exercer sur l'application des règles des contrats voisins de louage ou de vente.

Un premier paragraphe sera consacré au problème du transfert de propriété et au déplacement des risques.

Dans un deuxième paragraphe nous envisagerons l'obligation de donner imposée au débiteur, sous ses deux aspects : obligation de délivrance et obligation de garantie.

Dans un troisième paragraphe, nous étudierons les devoirs qui incombent à l'auteur de la commande, et notamment l'obligation qui pèse sur lui de payer le prix de la chose.

§ 1. — *Transfert de propriété et déplacement des risques*

A. *Transfert de propriété.*

« L'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison, à peine de dommages et intérêts envers le créancier ». Ainsi s'exprime l'article 1136 et l'article 1138 ajoute : « l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes : elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer, auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier ».

L'article 1583 au titre de la vente ne fait que reproduire les dispositions de l'article 1138 lorsqu'il déclare que « la vente est parfaite entre les parties et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ».

On traduit le sens de ces articles en déclarant qu'en droit français, le simple consentement des parties suffit à transférer la propriété. Toutefois les contractants peuvent, dans leur accord, retarder le moment du transfert de propriété comme ils l'entendent, et notamment jusqu'au jour de l'échéance du terme fixé dans le contrat pour la livraison ou jusqu'au jour du paiement intégral du prix convenu.

Le transfert de propriété est également retardé, du fait même de la loi lorsqu'il s'agit de contrat, de vente par exemple, portant sur des choses non encore individualisées. La vente sera alors parfaite sans transfert immédiat de propriété : celui-ci sera différé et se réalisera seulement au moment où la chose s'individualisera.

En ce qui concerne le marché à façon, le transfert de propriété ne peut pas avoir lieu lors de la conclusion du contrat puisque, à cette époque, la chose n'existe pas encore ; il faudra attendre que la chose soit déterminée, quelle soit fabriquée et corresponde à la définition courante de l'objet une fois achevé pour qu'un transfert de propriété puisse se réaliser. Mais à quel moment la chose pourra-t-elle

être considérée comme telle que sa propriété puisse être transmise à l'auteur de la commande ?

La jurisprudence, avant tout influencée par des questions de fait, ne paraît pas s'être fixée en une position bien stable.

Un certain nombre d'arrêts admettent que le transfert de propriété se produit au jour de l'achèvement de l'ouvrage.

« Attendu, lit-on dans un jugement du Tribunal de Commerce de Gand en date du 16 janvier 1886¹, que le contrat intervenu constituait une entreprise d'ouvrage où l'entrepreneur fournissait la matière ainsi que son travail ; attendu qu'en pareil cas la propriété des matériaux est transférée au moins dès que l'ouvrage est achevé et que l'achèvement de l'ouvrage est la cause de la créance de l'entrepreneur à la charge du maître ... attendu que, selon l'article 1583, la propriété est transmise dès qu'il y a eu accord sur la chose et sur le prix ; qu'en matière de louage d'ouvrage cet accord existe dès que l'entrepreneur ayant achevé l'ouvrage n'a plus l'intention de remplacer une matière employée par une autre ; que la réception ultérieure de la part du maître n'est que la reconnaissance du parfait accomplissement du contrat d'entreprise et une renonciation à toute contestation du chef de non conformité d'exécution .. ».

Confirmant ce jugement, la Cour d'appel de Gand déclare que, malgré la place de l'article 1787 au titre du louage, le contrat doit être considéré comme une vente et que par suite les principes de la vente doivent prévaloir en l'occurrence. « Attendu que la vente a été parfaite entre les parties et que la propriété a été acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur dès que l'ouvrage commandé a été achevé, c'est-à-dire que l'assemblage de tous les éléments qui devaient servir à le composer, et le montage au lieu à ce déterminé, en ont fait cette chose spéciale que les appelants avaient promis de vendre et dont la société faillie s'était engagée à payer le prix ... attendu que dans l'occurrence vendeur et acheteur se sont mis d'accord au moment même de la convention sur la chose faisant l'objet du contrat ;

1. Trib. com. Gand, 16 janvier 1886, D. 1886.2.157.

que tous les éléments qui devaient le constituer ont été dès lors soigneusement précisés et arrêtés à l'avance de telle sorte que la vente a reçu sa perfection dès l'instant où l'ouvrage a été terminé ».

Si cet arrêt de la Cour de Gand fait appel à la notion de vente, il convient d'adopter les mêmes conclusions en ce qui concerne le marché à façon par suite de l'analogie des articles 1583 et 1138, analogie si manifeste que, tout en qualifiant le contrat de louage d'ouvrage, le Tribunal de Commerce de Gand avait invoqué, non pas l'article 1138 mais l'article 1583 propre à la vente.

« Attendu, déclare un arrêt de la Chambre civile de la Cour de Cassation en date du 29 mars 1886¹ dans une hypothèse de marché à façon, que diverses communes et fabriques avaient commandé des cloches d'église sous des conditions et moyennant un prix déterminé ; que non seulement ces cloches qu'on a commandées n'existaient pas au moment de la convention, mais que, lors de la saisie, elles n'étaient ni reçues ni même achevées ; qu'en effet elles n'avaient point reçu le complément de confection qui devait précéder leur livraison et par conséquent qu'elles ne réunissaient pas les conditions de réception et de constatation requises quant à la matière, au son, à l'accord... attendu qu'il ne saurait y avoir place pour une transmission de propriété tant que la chose qu'on s'est engagé à livrer ne sera pas effectivement en mesure d'être livrée ... ».

La même solution se retrouve à propos des contrats d'entreprise de construction de navires, qui sont des marchés à façon, malgré la qualification de vente à livrer que leur donnent parfois certains arrêts.

« Attendu qu'il n'est pas exact de dire d'une manière absolue, déclare la Cour d'appel de Rennes le 24 janvier 1870², qu'en matière commerciale la vente soit parfaite lorsque l'acheteur et le vendeur sont d'accord sur la chose et le prix ; qu'elle ne peut l'être que par transmission effectuée ou au moins possible de la chose vendue et qu'en l'espèce les

1. Civ. 29 mars 1886, D. 1886.1.329.

2. Rennes, 24 janvier 1870, D. 1871.2.140.

intimés n'ont pu devenir immédiatement propriétaires d'un bâtiment qui n'existait encore qu'en projet et n'était susceptible d'aucune tradition ... ».

De même dans un arrêt de la Chambre civile de la Cour de Cassation en date du 20 mars 1872¹ : « attendu qu'il faut nécessairement induire de l'article 1788 que le législateur a considéré que la propriété de la chose commandée résidait sur la tête de l'ouvrier aussi longtemps que son œuvre n'était pas achevée et qu'il n'avait pu la remettre aux mains de celui auquel il s'était engagé à la livrer ... attendu que le navire commandé n'était pas achevé et n'étant pas, par le contrat, susceptible d'une livraison partielle, n'a pas cessé d'être la propriété du constructeur ... »

Ces arrêts sont pleinement conformes aux principes généraux du droit des obligations : la transmission de propriété, en matière de marché à façon, aura lieu au moment où la chose est confectionnée et où elle devient susceptible d'être livrée.

Mais cette règle ne laisse pas de soulever quelques difficultés : quand l'ouvrage sera-t-il vraiment achevé ? A quel moment sera-t-il effectivement en mesure d'être livré ? La question de l'achèvement de la chose est avant tout une question de fait, et c'est ce qui explique que la jurisprudence se soit parfois un peu écartée de sa conception primitive et ait pris, dans certains cas, comme moment de transfert de la propriété, la date de la livraison.

« Attendu, déclare un arrêt de la Cour d'appel de Rennes², que la propriété des navires en construction a résidé jusqu'à leur achèvement et leur livraison sur la tête des constructeurs qui ont fourni tout ensemble leur industrie et les matériaux ; qu'au moment de la livraison seulement cette propriété est passée sur l'auteur de la commande ... »

De même dans un jugement du Tribunal de Commerce de Fécamp, on peut lire³ : « Considérant que la propriété du navire repose sur la tête du constructeur jusqu'à la livrai-

1. Civ. 20 mars 1872, D. 1872.1.140.

2. Rennes, 4 mars 1880, S. 1881.2.265.

3. Trib. com. Fécamp, 17 août 1916, *Rec. Havre*, 1916-1917.2.90.

son à l'armateur alors même que des acomptes auraient été versés ; que par livraison, il faut entendre un fait matériel de nature à faire passer ostensiblement la propriété des mains du vendeur aux mains de l'acheteur ; que la seule échéance du terme fixé n'opère pas de plein droit cette translation de propriété ».

La même affirmation se rencontre dans un arrêt de la Cour d'appel d'Amiens¹ : « Attendu que la propriété du navire n'est transférée à l'acheteur qu'après son achèvement complet et sa livraison effectuée et qu'en cas de faillite du constructeur, l'armateur, encore bien qu'il ait versé des acomptes, n'est pas fondé à en revendiquer la propriété ; que le constructeur reste propriétaire des bateaux tant qu'ils ne sont pas achevés par lui, vérifiés et livrés à ses acheteurs... »².

Cette tendance de la jurisprudence à reculer le transfert de propriété au jour de la livraison de l'ouvrage n'est pas conforme aux principes de notre droit en la matière. Sans doute il sera permis aux contractants de décider, lors de la conclusion du contrat, que la propriété de l'ouvrage ne sera transmise qu'au moment de la livraison ou à une autre époque : l'article 1134 autorise de pareilles conventions ; et c'est en ce sens qu'il faut à notre avis considérer le terme qui a pu être inséré dans le marché pour la livraison de l'ouvrage. L'auteur de la commande précise alors à l'entrepreneur que l'objet devra être fabriqué dans un certain temps et l'échéance de ce délai marquera le jour du transfert de la propriété, dès lors que la chose est achevée à ce moment. Mais lorsque les parties n'ont fait à ce sujet aucune stipulation particulière ou lorsque, un terme ayant été fixé, la chose n'est pas prête au jour de l'échéance parce que le fabricant est en retard, il y a lieu d'admettre que c'est l'achèvement de la chose qui détermine le transfert de propriété.

A ce jour en effet l'objet est nettement individualisé et le fabricant a montré d'une façon non équivoque sa volonté de ne plus modifier les éléments qui entrent dans la composition de cet objet. La chose est désormais déter-

1. Amiens, 28 mars 1889, *G.P.*, 1889.2.74.

2. Cf. dans le même sens, Req., 31 octobre 1900, S. 1904.1.343.

minée et, puisqu'il y a accord sur la chose et le prix, la propriété doit être acquise de droit à l'auteur de la commande à l'égard de l'entrepreneur, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.

C'est la solution qui s'impose, contrairement aux dispositions de quelques arrêts qui se prononcent en faveur de la transmission de propriété au jour de la livraison, mais qui le font peut-être plus en raison de considérations pratiques qu'en raison de convictions théoriques profondes.

En effet la solution de ces arrêts apporte des simplifications en ce qui concerne le déplacement des risques et surtout tranchent à l'avance les difficultés que peut susciter la preuve de l'achèvement de l'ouvrage.

Si c'est l'individualisation de la chose qui opère en principe le transfert de propriété, en fait, le plus souvent, seule la livraison permettra de prouver que la fabrication de l'objet est terminée, que la chose est individualisée. Il importe toutefois de ne pas confondre ces deux notions et à cet égard il y a lieu de critiquer la solution de l'arrêt Eden : il s'agissait en l'espèce de la commande par M. Eden du portrait de sa femme au peintre Whistler. Malgré les termes de l'arrêt de la Chambre civile qui déclare³ que « la convention par laquelle un peintre s'engage à exécuter un portrait moyennant un prix déterminé constitue un contrat de nature spéciale en vertu duquel le tableau n'est définitivement acquis à la partie qui l'a commandé que lorsque l'artiste a mis le tableau à sa disposition et qu'il a été agréé par elle », il paraît bien que l'on se trouve ici en présence d'un véritable marché à façon. Or ce ne serait pas en l'espèce l'achèvement de l'ouvrage mais sa mise par l'artiste à la disposition du client qui opérerait transfert de propriété. Il ne suffirait pas que, dans un tel contrat, la chose fût achevée pour qu'elle devînt la propriété de l'auteur de la commande, il faudrait en outre qu'elle fût livrée, ce qui implique l'agrément de celui qui la reçoit.

Il y a là, semble-t-il, une confusion regrettable de la Cour

1. Paris, 2 décembre 1897, D. 1898.2.465 et Civ. 14 mars 1900. D. 1900.1.497, S. 1900.2.201.

de Cassation entre la notion d'achèvement et celle de preuve de l'achèvement.

Si le plus souvent la livraison constitue le moyen le plus sûr, sinon le seul, de prouver d'une façon non équivoque l'achèvement de l'ouvrage, il n'en est pas toujours ainsi. Sans doute, dans l'espèce, on ne saurait laisser l'amateur seul juge du degré de perfectionnement d'une œuvre artistique : on aboutirait alors, selon les termes de l'avocat général Bulot, à « rayer de l'usage et de la jurisprudence le droit pour l'artiste de ne jamais livrer une œuvre dont il est mécontent, à contraindre les artistes à mettre à la disposition d'un client qui veut en finir l'œuvre achevée à ses yeux, inachevée aux leurs ». A cet égard, le raisonnement de la Chambre civile se justifie pleinement et il convient d'admettre l'impossibilité d'obliger l'artiste à livrer une œuvre inachevée ou jugée par lui imparfaite.

Mais si une circonstance quelconque démontre que l'œuvre lui a paru satisfaisante, qu'il est avéré que son refus de livrer est dicté par des considérations étrangères à l'art, l'artiste doit pouvoir être contraint à la livrer : l'ouvrage étant achevé, il y a eu en effet transfert de propriété. Dans l'affaire Eden, c'était le cas et l'exposition du portrait au Salon du Champ de Mars avait manifesté assez clairement que Whistler considérait le tableau comme terminé, digne de lui et susceptible d'affronter avec succès les critiques des connaisseurs. Si par la suite, n'étant pas satisfait des procédés de l'auteur de la commande, il avait rendu le portrait informe, il n'en résultait pas que le tableau fût inachevé : il y avait eu simplement, comme l'indique M. Wahl dans sa note sous cet arrêt, détérioration de la chose d'autrui.

Pour éviter de placer l'artiste à la merci de son client, la Cour de Cassation a, en définitive, mis l'auteur de la commande à la discrétion de l'artiste qui peut ainsi se soustraire à ses engagements dès lors qu'il estime insuffisant le prix convenu.

C'est là un droit que personne ne doit avoir ; aussi faut-il repousser la solution de l'arrêt Eden et déclarer que ce

n'est pas la livraison de l'ouvrage mais son achèvement qui marque le moment précis du transfert de propriété.

Cette règle est d'ailleurs conforme aux principes généraux de notre droit contractuel. L'article 1791 stipule en effet que « s'il s'agit d'un ouvrage à plusieurs pièces ou à la mesure, la vérification peut s'en faire par partie ; elle est censée faite pour toutes les parties payées si le maître paye l'ouvrier en proportion de l'ouvrage fait ... » Lorsque le marché peut se diviser en un certain nombre de lots, la propriété en est transférée à l'auteur de la commande au fur et à mesure de leur achèvement, et les différentes sommes versées par lui ne sont que le prix afférent à ces divers lots. Lorsque le contrat n'est pas susceptible de division et que les stipulations du marché restent muettes à cet égard, pourquoi ne pas admettre le même raisonnement et ne pas décider que, dès que l'ouvrage sera terminé, la propriété en passera automatiquement à l'auteur de la commande ?

« Attendu, lit-on dans l'arrêt précité de la Chambre civile en date du 20 mars 1872¹, que le principe que la propriété de la chose commandée réside sur la tête de l'ouvrier aussi longtemps que son œuvre n'est pas achevée et qu'il n'a pas pu la remettre aux mains de celui auquel il s'est engagé à la livrer, est applicable non seulement à la chose elle-même, mais aussi à toutes les parties qui la composent chaque fois qu'elles ne sont pas de nature à être livrées par pièces ou à la mesure ou que l'objet commandé à l'ouvrier est indivisible, soit par nature, soit par son rapport à l'obligation qui ne la rend pas susceptible d'une exécution partielle ; attendu qu'il y a juste application de ces principes dans la décision en vertu de laquelle, un navire commandé n'étant pas achevé et n'étant pas, par le fait du contrat, susceptible d'une livraison partielle, ce navire n'avait pas cessé d'être la propriété du constructeur, et par suite celle de sa faillite ».

On peut conclure, par une argumentation *a contrario*, que si le navire avait été achevé et avait été susceptible d'être livré au créancier, il n'aurait plus été dans le patrimoine

1. Civ. 20 mars 1872, D. 1872.1.140.

du constructeur, il aurait été déjà la propriété de l'auteur de la commande.

Il faut remarquer que ce système protège d'une façon particulièrement efficace les droits du créancier dans l'hypothèse d'une faillite de son débiteur survenue après l'achèvement de l'ouvrage lorsque les stipulations du marché l'ont obligé à verser des acomptes lors de la conclusion du contrat ou au cours de son exécution. L'auteur de la commande a en effet intérêt à ce que le transfert de propriété ait lieu le plus tôt possible ; au cas de faillite du fabricant, il pourra ainsi opposer à la masse un droit réel en revendication, au lieu d'avoir à l'encontre de la faillite un simple droit de créance non privilégié.

Mais cette solution ne lèse en rien les intérêts de l'entrepreneur. Outre qu'ordinairement la livraison suit de très près l'achèvement de l'ouvrage, le fabricant se souciant peu de garder la chose terminée dans ses magasins et de veiller à la conservation de celle-ci, il demeure toujours possible d'insérer dans le contrat une clause en vertu de laquelle la propriété ne sera transférée à l'auteur de la commande qu'au jour de la livraison ou à un autre moment, au jour où le destinataire de l'objet fabriqué l'aura reçu et agréé, au jour où les essais auront été faits et auront donné des résultats satisfaisants par exemple.

Au cas de faillite de l'auteur de la commande, la solution sera la même pour le fabricant, que le transfert de propriété ait eu lieu au moment de l'achèvement de la chose ou au moment de la livraison effective.

S'il a livré la chose une fois terminée, dans les deux cas, il sera compris dans la faillite de l'auteur de la commande et ne pourra opposer à la masse ni privilège ni droit de revendication. S'il n'a pas livré la chose, ou bien il restera étranger à la faillite, parce que demeuré propriétaire de la chose, ou bien il échappera au concours des créanciers en opposant à la masse un droit de rétention sur la chose restée en sa possession, et cela alors même qu'un terme aurait été convenu pour le paiement du prix, la faillite entraînant en vertu de l'article 1188, la déchéance du terme.

A défaut de stipulation expresse dans le contrat à ce

sujet, si aucun terme de livraison ne vient retarder le transfert de propriété, la propriété de l'ouvrage passera donc à l'auteur de la commande au jour de l'individualisation de la chose, c'est-à-dire au jour de l'achèvement de l'ouvrage.

Il convient de rechercher si la même solution est valable en ce qui concerne le moment du déplacement des risques.

B. *Déplacement des risques.*

La question des risques se rattache étroitement à une cause d'extinction des obligations, l'impossibilité d'exécution. Lorsqu'une obligation contractuelle ne peut plus être exécutée, et cela par suite d'une circonstance étrangère à la volonté du débiteur, elle est éteinte. Il s'agit alors de savoir si la partie qui ne reçoit rien reste tenue ou non d'exécuter la prestation qu'elle a promise.

La solution de ce problème offre, pour le marché à façon, des difficultés en raison du conflit qui existe entre les deux articles 1138 et 1788.

Il est admis, dans notre droit, que les parties ne se sont obligées respectivement qu'en considération des droits que l'opération leur assurait ; en d'autres termes, celui qui ne peut pas exécuter sa propre prestation n'a pas le droit d'exiger de son contractant l'exécution de la sienne : « les risques sont pour le débiteur de la prestation devenue impossible »¹.

L'article 1138 du Code civil adopte cette règle qui consacre l'interdépendance des obligations nées d'un même contrat synallagmatique : « l'obligation de livrer ... rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée encore que la tradition n'en ait point été faite ».

En vertu du principe de notre droit positif que le seul consentement suffit à transférer la propriété, le créancier est devenu propriétaire encore que la tradition n'ait pas eu lieu, et on applique alors la règle *res perit domino* ; l'acheteur devra malgré la perte ou la détérioration de la

1. Jossierand, *Cours de droit civil français*, t. II, § 367, p. 188.

chose payer le prix, le vendeur ayant déjà exécuté son obligation essentielle en transférant la propriété de la chose. Lorsqu'il s'agit de l'aliénation d'une chose non déterminée au moment de la vente, c'est l'individualisation de la chose qui opère le transfert de propriété et par suite le déplacement des risques.

Mais l'article 1788, à la section des devis et marchés va à l'encontre de ces conclusions : « si, dans le cas où l'ouvrier fournit la matière, la chose vient à périr, de quelque manière que ce soit avant d'être livrée, la perte en est pour l'ouvrier, à moins que le maître ne fût en demeure de recevoir la chose ».

Dérégatoire au droit commun du louage d'ouvrage, cette disposition fait peser la charge des risques sur l'entrepreneur jusqu'au jour de la livraison. Cette solution est-elle conciliable avec celle que nous avons admise en ce qui concerne le transfert de propriété ? Est-il possible de séparer le problème des risques de celui du transfert de propriété et de régler cette question d'une façon autonome ?

Il n'est pas douteux que, dans certains cas, le déplacement des risques puisse être distingué du transfert de propriété. L'article 1138 lui-même indique en effet que, malgré le transfert de propriété, les risques resteront au débiteur lorsque ce dernier est en demeure de livrer la chose. La même hypothèse se retrouve dans l'article 17 de la loi suédoise de 1905 lorsque, au cas de vente d'un bien déterminé, le débiteur est en retard et que, par suite, le bien « n'est pas à la disposition de l'acheteur » au terme fixé : les risques resteront à la charge du vendeur.

D'autre part, les parties peuvent, dans leur convention, régler la question de risques indépendamment de celle du transfert de propriété. « Attendu, lit-on dans un arrêt de la Cour de Nîmes en date du 18 février 1917¹, que la vente intervenue est une vente en bloc, devenue parfaite dès la conclusion du contrat ; qu'en effet elle porte sur la totalité de la récolte, c'est-à-dire sur une chose existant dans un lieu déterminé, et délimité et qui est ainsi nettement indi-

1. Nîmes, 18 février 1917, D. 1919.2.45.

vidualisée ; attendu que la clause ne laissant à la charge de l'acheteur que les risques de qualité, n'implique nullement que la propriété du vin ne devait lui être transférée qu'au moment de la livraison ; qu'il est loisible aux parties de se soustraire à l'application de la règle *res perit domino*, alors surtout que le vendeur est tenu de garder pendant un certain temps la chose vendue ... ».

Mais à défaut de dispositions légales ou de stipulations expresses des contractants, la réponse ne laisse pas d'être assez délicate. En notre hypothèse, on peut cependant appliquer le texte de l'article 1788, sans renoncer, pour cela, au principe du transfert de la propriété au jour de l'achèvement de la chose.

Une conciliation des articles 1138 et 1788 est en effet possible : sans doute le principe reste que les risques suivront la propriété de la chose, et c'est ce qui aura lieu le plus souvent ; dans le marché à façon, il aura été ordinairement fixé un terme à l'entrepreneur pour livrer l'ouvrage une fois terminé et nous avons vu qu'il fallait considérer que c'était l'échéance de ce terme qui opérait le transfert de propriété. Dans ce cas, ou bien la chose n'est pas achevée à l'expiration du délai fixé et les risques incomberont à l'entrepreneur demeuré propriétaire de l'ouvrage, ou bien la chose est achevée et, s'il ne la livre pas, le fabricant pourra être mis en demeure ; conformément à l'article 1138, la chose restera à ses risques, jusqu'à ce qu'elle soit livrée¹. Dans leur marché, les parties ont pu du reste envisager cette hypothèse et déclarer que, sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme, le débiteur serait mis en demeure ; il n'est pas nécessaire alors de recourir à une sommation ou à une interpellation équivalente du débiteur pour le constituer en demeure. Il en sera de même lorsque, dans leur convention, les contractants auront décidé de laisser la charge des risques à l'entrepreneur jusqu'à la date

1. Il y a lieu de remarquer qu'en fait la possibilité de contracter une assurance sur les choses fabriquées ou en cours de fabrication réduit dans une certaine mesure pour les parties les conséquences de la charge des risques.

de la livraison effective de la chose par celui-ci ou à un tout autre moment expressément stipulé.

Si le contrat ne fixe aucun délai, le déplacement des risques devrait, à s'en tenir au droit commun, suivre le sort de la propriété et, puisque nous avons admis le transfert de propriété au jour de l'achèvement de l'ouvrage¹, passer à cette date à la charge du propriétaire. Mais, et c'est là à notre avis le domaine de l'article 1788, il convient d'en décider autrement.

Lorsqu'il s'agit d'un corps certain, nettement individualisé dès la conclusion du contrat, on comprend que les risques passent immédiatement au propriétaire de la chose : il sait exactement ce à quoi il s'engage et la tradition suit habituellement dans un bref délai le transfert de propriété.

En matière de marché à façon, l'auteur de la commande ne sait pas exactement à quel moment précis la chose sera achevée et il ne peut pas le savoir, à moins d'admettre un contrôle permanent de celui-ci sur l'activité de son contractant, si le fabricant ne l'en avertit pas.

Il paraît difficile dans ces conditions d'imposer à l'auteur de la commande la charge d'un risque dont il ignore le point de départ et l'étendue, et de le mettre ainsi en quelque sorte à la merci du fabricant.

Si on admet le déplacement des risques au jour de l'achèvement de la chose et si on suppose la perte de la chose avant la livraison de l'ouvrage, le fabricant ne va-t-il pas essayer de se décharger des conséquences de cette perte en déclarant que la chose était alors achevée, que l'auteur de la commande en était par suite devenu propriétaire et qu'il doit en conséquence payer le prix convenu ?

Il semble que l'article 1788 ait voulu déjouer cette fraude possible en déclarant que les risques incomberont à l'entrepreneur tant que la chose ne sera pas livrée, à moins que le maître ne soit en demeure de la recevoir. On peut considérer qu'en la matière, le législateur a entendu opérer une disjonction entre les risques et la propriété : tandis que l'achèvement de l'ouvrage marque le moment du transfert

1. Cf. *supra*, p. 95.

de propriété, c'est la livraison qui déplace alors la charge des risques.

Lorsqu'aucun terme n'a été fixé pour la livraison, l'ouvrier est pour ainsi dire tenu de livrer l'ouvrage dès son achèvement sous peine d'être obligé d'en supporter les risques. Ceux-ci passeront au propriétaire lors de la délivrance, ou au jour de sa mise en demeure de recevoir l'ouvrage.

Mais il se peut que les raisons qui justifient l'existence de l'article 1788 soient plus simples ; il est possible qu'en établissant cette règle, le législateur ait oublié dans une certaine mesure, le principe nouveau qu'il venait de poser dans l'article 1138, à savoir que le seul consentement suffit en droit français pour transférer la propriété.

A plusieurs reprises on constate dans le Code civil l'ambiguïté du mot livraison qui est pris comme synonyme, tantôt de tradition ou de délivrance, tantôt de transfert de propriété : c'est là un souvenir regrettable du Droit romain et l'Ancien Droit où le transfert de propriété exigeait, sinon une tradition réelle, du moins une tradition feinte, celle-ci n'étant plus du reste, à la veille de la révolution, qu'une simple opération intellectuelle¹.

L'expression « livraison » de l'article 1788 viserait alors la délivrance de la chose une fois terminée, et non pas le transfert de propriété de cette chose. C'est dans le sens de cette interprétation que se prononce le législateur des pays scandinaves : l'article 17 de la loi de 1905 sur la vente s'exprime en ces termes : « jusqu'à la livraison de la chose vendue, le vendeur supporte les risques de perte, de détérioration ou de diminution de la chose par cas fortuit. S'il s'agit de la vente d'un bien déterminé que l'acheteur doit venir prendre, le risque incombe à ce dernier lorsque l'époque est arrivée où il peut exiger la livraison de la chose et que le bien est à sa disposition : c'est pourquoi il demeure tenu de payer le prix malgré la perte, la détérioration ou la diminution de la chose par cas fortuit ».

On se demande en Droit suédois si le contrat est une vente

1. Cf. à ce sujet Colin et Capitant, *Cours de droit civil français*, t. I, § 909, p. 969.

à livrer (leveransavtal) ou une vente de corps certain (speciesköp). Dans le premier cas, l'auteur de la commande n'aura pas à supporter les risques de perte ou de détérioration de la chose en cours de fabrication ou terminée tant que cette chose n'aura pas été livrée ; dans le second cas, au contraire, les règles de la vente de corps certain joueront et en particulier l'alinéa 2 de l'article 17 sera applicable.

Pour Almen¹, il y a lieu de faire jouer l'alinéa 2 de l'article 17 lorsqu'on envisage les commandes d'objets à fabriquer d'après des ordres particuliers de l'auteur de la commande. Les risques passeront donc au maître de l'ouvrage, lorsque, la chose étant quérable et prête, l'époque sera arrivée où il peut en exiger la livraison.

Mais si la convention n'indique pas « cette époque où il peut exiger la livraison », il résulte du premier alinéa du même article que les risques incomberont à l'entrepreneur. Celui-ci a l'obligation de préciser à l'auteur de la commande le moment où la chose est terminée et où elle se trouve à sa disposition ; les risques resteront jusqu'à ce moment sur la tête de l'entrepreneur.

Quoiqu'il en soit, et quelque traditionnel que puisse être en Droit français le rattachement du problème des risques à celui du transfert de propriété, il n'en résulte pas qu'il existe une relation nécessaire entre ces deux questions : elles peuvent être séparées l'une de l'autre, et actuellement on remarque une certaine tendance à régler le problème des risques indépendamment de celui du transfert des droits réels.

C'est alors la délivrance et non plus le transfert de propriété qui opère le déplacement des risques. Aussi à l'exemple de certaines législations étrangères, l'article 103 du Projet de loi sur la vente établi par l'Institut International de Rome déclare que « le risque à compter du moment de la délivrance incombe à l'acheteur (traduisons en notre espèce à l'auteur de la commande) qui par conséquent, nonobstant la perte, la détérioration ou toute diminution de valeur de la chose est tenu de payer le prix ».

1. Almen, *op. cit.*, p. 233 et suiv.

Article 105 : « le risque incombe également à l'acheteur à partir du jour où la délivrance aurait dû avoir lieu s'il résulte de son fait que le vendeur n'a pas accompli tous les actes que lui impose l'obligation de délivrance ».

Les parties sont d'ailleurs toujours libres de déroger à ce principe et de considérer comme faite une livraison non encore effectuée : l'autonomie de la volonté permet de modifier l'attribution légale de la charge des risques. C'est ce qui résulte des termes d'un arrêt de la Cour de Paris en date du 21 janvier 1920¹ qui déclare licite la clause d'un marché à livrer aux termes de laquelle le vendeur a le droit de considérer comme faite la livraison d'un lot perdu en cours de route pour quelque cause que ce soit.

Il faut seulement pour qu'elles soient pleinement valables, que ces modifications à l'attribution normale du risque soient exprimées clairement et qu'elles n'altèrent pas les éléments essentiels du contrat.

Si, ce que nous croyons, c'est là la solution consacrée par l'article 1788, si c'est au jour de la délivrance ou de la mise en demeure que la charge des risques passe à l'auteur de la commande, une nouvelle question se pose, qui est de déterminer ce qu'il faut entendre par le mot « délivrance », les conditions et les effets de celle-ci.

Nous le ferons au cours d'un deuxième paragraphe consacré à l'obligation de délivrance et à celle de garantie qui sont imposées à l'entrepreneur.

§ 2. — *Obligation de délivrance et obligation de garantie*

A. *Obligation de délivrance. — Achat de remplacement.*

La délivrance est en quelque sorte le but du contrat, le motif déterminant qui a poussé l'auteur de la commande à s'engager. Nous devons rechercher ici la portée et l'étendue de cette obligation, où et à quel moment la délivrance doit avoir lieu, et quelles conséquences le retard ou l'inexécution de cette prestation peut entraîner.

1. Paris, 21 janvier 1920, *G.P.*, 1920.1.174.

« La délivrance, précise l'article 1604, est le transport de la chose vendue en la puissance de l'acheteur ».

« Elle s'opère, pour les effets mobiliers, ou par la tradition réelle, ou par la remise des clefs des bâtiments qui les contiennent, ou même par le seul consentement des parties si le transport ne peut pas s'en faire au moment de la vente ou si l'acheteur les avait déjà en son pouvoir à un autre titre » (article 1606).

Ces dispositions du Code civil, mentionnées au titre de la vente, ne doivent pas être considérées comme propres à ce contrat spécial; elles s'appliqueront dans toutes les conventions où une délivrance ou une tradition est requise, conventions dont la vente fournit l'exemple peut-être le plus fréquent, mais non le seul.

C'est ainsi que dans le marché à façon, la délivrance s'effectuera ordinairement par la tradition matérielle de l'ouvrage une fois terminé, faite par le fabricant à l'auteur de la commande; mais elle pourra aussi se faire lorsque le vendeur doit expédier la chose à une destination particulière, par la remise de la chose entre les mains du premier transporteur ou commissionnaire chargé du transport, ou, si le vendeur a, d'après les dispositions du contrat ou les usages commerciaux, le droit de présenter à l'acheteur un connaissance reçu pour embarquement, par la remise de l'objet fabriqué à l'armateur.

En principe la livraison doit se faire dans le lieu convenu entre les parties : à défaut de stipulations expresses dans le contrat, l'article 1609 au titre de la vente déclare que « la délivrance se fera au lieu où était au moment de la vente, la chose qui en fait l'objet ».

Cette disposition ne peut pas s'appliquer au marché à façon où la chose, objet du contrat, n'existe pas encore, mais doit être fabriquée par l'entrepreneur. Il convient donc de faire jouer l'article 1162 qui stipule que « dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ».

La délivrance se fera alors, ce qui est le plus conforme aux intérêts du fabricant qui a contracté l'obligation, au lieu

où, au moment de la conclusion du marché, celui-ci avait son établissement ou, à défaut, sa résidence habituelle.

C'est en ce sens que se prononce l'article 18 du Projet de loi internationale sur la vente : mais il ajoute : « si la vente porte sur un corps certain et si les parties connaissent le lieu où il se trouve lors de la conclusion du contrat, c'est en ce lieu que le vendeur doit faire la délivrance. La même règle s'applique si la vente porte sur une chose qui est à prendre dans un stock ou une masse déterminée ou sur une chose que le vendeur s'engage à produire ou dont il s'engage à achever la fabrication dans un certain lieu ».

On doit assimiler à cette hypothèse le cas du marché à façon si, dès la conclusion du contrat, les parties savent où la chose se trouvera lorsqu'elle aura été fabriquée et qu'elle aura ainsi acquis son individualité. Ce sera le cas chaque fois que la chose — machine, vêtement, navire — doit être construite dans telle usine, telle entreprise ou tel chantier expressément désignés par les parties.

Si les contractants ont stipulé que la délivrance devrait être effectuée au cours d'un certain espace de temps (tel mois, telle saison), le conflit des article 1162 et 1602 apparaît de nouveau sur la question de savoir laquelle des deux parties sera compétente pour fixer le jour précis de la délivrance. Faisant prévaloir l'article 1162, nous admettrons avec la loi suédoise qu'« il appartiendra à l'entrepreneur de fixer le jour, la date de la livraison, à moins qu'il ne résulte des circonstances que cette fixation soit réservée à l'auteur de la commande ».

« Dans une vente à livrer sur mois, a décidé le Tribunal de Commerce du Havre¹, quand il résulte des termes du contrat que c'était à l'acheteur qu'il incombait de réclamer les livraisons aux époques convenues, l'acheteur n'est pas fondé à prendre prétexte de la non-exécution pour considérer le marché comme résilié, alors surtout qu'il n'a adressé aucune mise en demeure à son vendeur et que celui-ci n'a pas laissé passer un délai excessif avant de manifester son intention d'exécuter ».

1. Trib. com. Havre, 15 décembre 1933, *Rec. Havre*, 1934.1.85.

Si rien n'a été prévu, l'entrepreneur devra livrer la chose dans un délai raisonnable ; on examinera la nature de la chose et les circonstances de toutes les relations avec l'auteur de la commande pour déterminer la durée de ce délai raisonnable. Il faudra, à cet égard, tenir compte, dans une large mesure, des usages commerciaux ¹.

La délivrance doit comprendre non seulement la chose qui fait l'objet du contrat, mais encore les accessoires de cette chose (article 1615). Il a été jugé en ce sens par la Cour de Paris, le 19 décembre 1929 ², que l'inventeur qui concède la licence exclusive d'exploitation d'un brevet concernant la fabrication d'un produit en s'obligeant à assurer la mise en marche de l'exploitation, manque à son obligation de délivrance en refusant de dévoiler à son cessionnaire des secrets de fabrication qu'il prétend exister et dont l'ignorance aurait été, d'après lui, la cause de l'insuccès de la fabrication ».

L'entrepreneur qui livrerait à l'auteur de la commande une chose non conforme, de même que le vendeur qui prétend donner à son acheteur autre chose que ce qui a été acheté, s'exposerait à un juste refus de la part de ce dernier ; et la jurisprudence a affirmé à de nombreuses reprises que l'acheteur est en droit de refuser la livraison d'une commande passée par lui et qui n'est pas conforme aux conditions du marché, la preuve des conditions du marché incombant alors au vendeur ³.

Ce sera en particulier le cas lorsqu'on est en présence d'une marchandise ou d'un ouvrage qui n'a pas été confectionné dans les ateliers de celui à qui l'auteur de la commande l'a demandé, lorsque la fabrication dans ces ateliers est une considération essentielle du marché. « Le vendeur qui a promis des huiles d'une fabrication déterminée, déclare le Tribunal de commerce de Marseille, le 18 octobre 1922 ⁴,

1. Cf. Civ. 9 mai 1921, *G.P.*, 1921.2.83.

2. Paris, 19 décembre 1929, *G.P.*, 1930.1.406.

3. Cf. Colmar, 29 juin 1932, *Rev. Als. Lorr.*, 1933, p. 350.

4. Trib. com. Marseille, 18 octobre 1922, *Rec. Marseille*, 1924.1.212.

ne peut offrir en aliment du marché sous peine de résiliation, des huiles d'une autre fabrication ».

L'obligation de délivrance ainsi délimitée et déterminée quelles vont être les conséquences d'une exécution tardive de celle-ci ou les effets d'une inexécution partielle ou définitive de la part de l'ouvrier ? Spécialement lorsqu'il s'agit d'un contrat qui comporte des livraisons successives, quelle influence un retard ou une inexécution de la délivrance auront-ils sur le lien contractuel lui-même ?

Le fabricant qui ne livre pas la chose une fois faite au jour fixé par la convention ne prouve pas par là même sa volonté de ne pas exécuter le contrat ; il se peut qu'il y ait de sa part un simple retard. Il est toujours nécessaire d'établir à cet égard une distinction : le retard peut être la conséquence d'une faute du fabricant, ou il peut être imputable à la force majeure ou au cas fortuit.

Si c'est une négligence, une faute de l'ouvrier qui est à l'origine du retard et si ce retard a causé un préjudice à l'auteur de la commande, qu'il s'agisse de choses fongibles ou de choses non fongibles, il y aura lieu à une réparation en argent, à des dommages et intérêts, et ceci encore que le travail n'ait pu raisonnablement être achevé dans le délai fixé, car il appartenait à l'entrepreneur de prévoir, lors de la conclusion du contrat, un délai suffisant pour lui permettre de confectionner l'ouvrage. Ces dommages et intérêts moratoires ne seront dus qu'après une mise en demeure conformément au droit commun, à moins qu'il ne résulte de la convention que la simple échéance du terme emporte, sans qu'il soit besoin d'acte, mise en demeure du débiteur.

Mais le marché conserve malgré le retard son caractère obligatoire. Il n'en serait autrement que si la chose que le débiteur s'était obligé de faire ne pouvait être faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer ou si la date de livraison de la chose une fois fabriquée avait été considérée comme essentielle par les parties¹.

1. Cf. Civ. 18 octobre 1927, D.H. 1927, p. 510.

C'est là l'application pure et simple des principes généraux du droit en matière contractuelle lorsque, ce qui est très fréquent dans les marchés de fournitures, une clause pénale ne vient pas y déroger en déterminant avec précision les conséquences du retard dans l'exécution du contrat et en fixant le montant de l'indemnité due alors par le débiteur.

Lorsque le retard est l'effet non plus d'une faute de l'entrepreneur mais d'une hypothèse de cas fortuit ou de force majeure, sa responsabilité sera mise hors de cause.

C'est en ce sens que s'est prononcé un arrêt de la Chambre civile de la Cour de Cassation en date du 7 novembre 1893¹ : « attendu qu'en expédiant par voie d'eau des farines, le vendeur s'est conformé aux instructions qu'il avait reçues du destinataire ; que les bateaux chargés des dites farines ont été retenus par les glaces ; qu'ainsi la livraison a été retardée par un cas de force majeure ; attendu que la condamnation à des dommages et intérêts ne peut être justifiée que par la constatation d'une faute ou du défaut d'exécution d'une convention ; qu'en l'espèce aucun reproche ne peut être adressé au débiteur de ce chef, qu'en lui mettant à sa charge une obligation qui ne dérivait pas du marché et qui n'était pas imposée par la loi ... »

Mais il y a lieu, à notre avis, d'établir une distinction pour l'appréciation de ces causes exonératives de la responsabilité de l'entrepreneur.

Si la chose est fongible, les hypothèses de force majeure et de cas fortuit devront être interprétées d'une façon très stricte ; en particulier on ne saurait considérer comme telle une impossibilité même totale et absolue, de fabriquer l'objet du contrat dans l'usine où la commande a été faite dès lors que le même produit peut être trouvé par le fabricant dans une entreprise voisine. De même en ce qui concerne une grève survenant dans les ateliers de l'entrepreneur, grève qui ne lui est pas imputable, il n'y aura force majeure exonérant le débiteur que s'il lui a été absolument impossible d'exécuter, si les difficultés rencontrées par lui pour se procurer ailleurs les marchandises ont été insurmontables.

1. Civ. 7 novembre 1893, S. 1896.1.67.

Dans ces cas en effet c'est moins le travail et les qualités spéciales de l'entrepreneur qui ont été prises en considération que le produit fabriqué que ce dernier devait produire et livrer. S'il ne pouvait être en mesure de l'achever lui-même et de le donner en temps opportun, l'entrepreneur n'avait qu'à se le procurer ailleurs.

Si la chose n'est pas fongible au contraire, si le manufacturier à qui la commande a été faite a été choisi par le maître de l'ouvrage à cause de son talent ou de ses facultés particulières ou s'il est le seul à pouvoir produire l'objet du marché selon les conditions stipulées, parce qu'il a par exemple un monopole de droit ou de fait de cette fabrication, les hypothèses de cas fortuit ou de force majeure qui exonèrent l'ouvrier de sa responsabilité seront bien plus nombreux. Il en sera ainsi notamment, en principe, au cas de grève mettant l'usine du fabricant dans l'impossibilité momentanée, mais absolue, de fournir en temps utile le produit demandé.

Mais il est nécessaire que le cas fortuit ou la force majeure ait été imprévisible et irrésistible¹ et on ne saurait considérer comme telle la suspension des travaux d'une fabrique par suite de la baisse des eaux de la rivière qui lui donnait la force motrice si cette baisse constitue un fait régulier et normal auquel le fabricant devait s'attendre.

On peut seulement se demander si, lorsque le retard est dû à un événement qui constitue un obstacle insurmontable et que le fabricant n'était pas tenu de prévoir lors de la conclusion du contrat, il n'y a pas à sa charge une obligation de notifier à l'auteur de la commande, dès qu'il peut prévoir le retard, l'impossibilité où il se trouve de livrer à la date fixée et la durée présumée du retard.

Dans le marché à façon, il y a en effet, une obligation de collaboration entre les deux contractants, et le fabricant sera responsable du préjudice causé à l'auteur de la com-

1. Cf. Trib. civ. Seine, 9 juin 1917, *Gaz. Trib.*, 2 mars 1919; Com. Marseille, 19 novembre 1918, *Rec. Marseille*, 1919.1.93; Trib. com. Seine, 16 décembre 1919, D. 1920.2.33; Req. 19 décembre 1923, *G.P.*, 1934.1.380; Trib. com. Havre, 11 décembre 1933, *G.P.*, 1934.2.268.

mande par sa négligence dans l'exécution de cette obligation.

Si l'entrepreneur ne peut, en notifiant à son contractant l'impossibilité de livrer à la date fixée, lui indiquer raisonnablement la durée du retard, l'impossibilité doit être considérée comme définitive et la résolution du marché pourra être demandée.

En ce qui concerne l'inexécution définitive, il faut s'inspirer des mêmes principes : et en particulier, comme en matière de retard, la responsabilité de l'ouvrier sera écartée lorsque l'inexécution est imputable au fait de l'auteur de la commande lui-même¹.

En ce sens, l'article 492 du C.O. polonais déclare : « lorsque l'ouvrage n'est pas exécuté, le maître ne peut pas refuser le paiement du prix si l'entrepreneur était prêt à exécuter le contrat, et s'il n'en a été empêché que par des causes tenant au maître. Toutefois le maître peut dans ce cas, imputer sur sa dette ce que l'entrepreneur a épargné du fait de l'inexécution de l'ouvrage ».

Lorsque l'exécution en nature du contrat ne peut être obtenue du fabricant, il faut, conformément à l'article 1142, recourir à la condamnation du débiteur à des dommages et intérêts².

Toutefois il y a lieu de tenir compte en notre matière des dispositions de l'article 1144 qui prévoit qu'« en cas d'inexécution, le créancier peut aussi être autorisé à exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur ».

Cette possibilité ouverte au créancier victime d'une inexécution est connue dans notre droit sous le nom de remplacement. Cependant le rôle de l'article 1144 du Code civil n'est pas considérable, en ce qui concerne le marché à façon : le domaine du remplacement est, avant tout, celui des choses fongibles, des choses du genre qui se pèsent, se mesurent ou se comptent, et c'est ce qui explique son utilisation particulièrement fréquente dans les ventes commerciales ; lorsqu'il s'agit de l'aliénation de corps certains ou

1. Cf. Trib. com. Marseille, 20 juin 1919, *Rec. Marseille*, 1920, 1.333.

2. Cf. Rennes, 26 novembre 1927, *Rec. Rennes*, 1928, p. 86.

de choses non fongibles à fabriquer, son emploi devient plus délicat et plus rare.

Le remplacement ne constitue pas à proprement parler un mode d'exécution en nature des obligations ; c'est une façon particulière de calculer les dommages et intérêts, et la preuve en est que le droit anglais (Common Law) qui ignore l'exécution forcée des contrats connaît le remplacement.

A l'exemple des législations allemande (articles 249 et 251 B.G.B.) et suisse (articles 43 et 90 C.O.) qui se sont prononcées en faveur de la réparation en nature chaque fois qu'elle est possible, une grande partie de la doctrine s'est ralliée en France au principe que la réparation du préjudice causé par l'inexécution doit être la plus adéquate possible à la nature du préjudice.

La jurisprudence a, à maintes reprises, constaté qu'il n'y avait pas de loi en France disposant que les dommages et intérêts ne peuvent consister qu'en réparations pécuniaires ; et c'est sur le fondement de cette déclaration que la Cour de Cassation a validé une pratique très fréquente dans les affaires, le laissé pour compte¹.

Le laissé pour compte consiste, de la part du créancier à abandonner, comme sans valeur pour lui, certains objets dont le débiteur lui offre la livraison.

Ces objets peuvent aussi bien être la propriété du débiteur (le créancier en refuse alors la livraison) que celle du créancier ; il y a en ce cas abandon des objets au débiteur qui devra payer une indemnité pécuniaire plus forte. Le laissé pour compte interviendra par exemple lorsqu'une machine livrée à un acquéreur ne peut pas fonctionner, malgré les essais les plus loyaux et même les tentatives de réparation en nature, lorsqu'un vêtement sur mesure, malgré des essayages répétés et des modifications successives ne convient pas à celui qui l'a commandé, lorsque celui qui a accepté des marchandises pour les teindre ou pour leur faire subir une préparation quelconque prétend les restituer dans un très mauvais état ... etc...

1. Cf. Civ. 3 août 1835, S. 1835.1.817 ; Civ. 3 juillet 1912, D. 1913.1.110 ; Civ. 16 juin 1914, S. 1915.1.96.

On peut rapprocher le laissé pour compte du délaissement qui, prohibé en principe en matière d'assurance terrestre (article 39 loi 13 juillet 1930), est autorisé en matière d'assurance maritime au cas de sinistres majeurs (articles 359 et suiv. du Code de commerce); l'assuré, victime d'un sinistre, abandonnera le sauvetage à son assureur qui sera tenu de lui payer la totalité de l'indemnité convenue.

La jurisprudence admet le laissé pour compte dans les hypothèses d'inexécution, d'exécution défectueuse ou même de simple retard, non seulement au cas d'avarie mais encore au cas d'exécution partielle lorsque celle-ci est de peu d'utilité pour le créancier.

« Le laissé pour compte, écrit M. Demogue¹, est admis quand il plait au juge du fait : il suffit que celui-ci constate que c'est la réparation la plus adéquate au dommage ».

« Attendu, lit-on dans un arrêt de la Chambre des requêtes en date du 28 avril 1862², que si on pouvait induire des motifs de l'arrêt attaqué que le laissé pour compte a été prononcé à titre de dommages et intérêts, il en résulterait également que le laissé pour compte était, dans l'espèce, la seule réparation du dommage causé; — qu'en l'absence de loi disposant que les dommages et intérêts ne peuvent consister qu'en réparations pécuniaires, cette appréciation en fait de la Cour et la constatation de l'inexécution du marché suffisaient à justifier l'arrêt ... ».

Dans le domaine de la vente, si le vendeur ne peut ou ne veut pas livrer ce qu'il a promis, l'auteur de la commande s'adressera à un autre marchand vendant des choses analogues à celles qui faisaient l'objet du contrat, en demandant au vendeur originaire, à titre de dommages et intérêts, la différence qui peut exister entre le prix stipulé dans la convention et celui qu'il a dû verser pour le remplacer. Il obtiendra ainsi, aux frais du débiteur, l'exécution de l'obligation dans les mêmes conditions où celui-ci aurait dû la réaliser.

« En cas de résiliation d'un marché aux torts du vendeur,

1. Demogue, *Traité des obligations en général*, VI, p. 325.

2. Req. 28 avril 1862, S. 1863.1.311.

déclare un arrêt de la Cour de Rouen¹, les dommages et intérêts dus à l'acheteur doivent être calculés, en l'absence de justifications plus précises, sur la perte que l'acheteur est censé avoir subie en se remplaçant par une quantité égale des mêmes marchandises que celles dont le contrat résilié devait lui assurer la livraison ».

A défaut de toute indication contraire, il faut que l'acheteur se remplace le jour où il a acquis la certitude que le vendeur n'exécutera pas son obligation (par exemple le jour du dépôt du rapport de l'arbitre qui a vainement tenté de concilier les parties)².

On ne saurait en effet admettre qu'il soit loisible à l'acheteur par un moyen indirect, notamment par l'introduction tardive de sa demande en résiliation, de grossir le chiffre des dommages et intérêts³.

« D'après les usages commerciaux de Paris, le remplacement est autorisé de plein droit en matière de vente à défaut de livraison au terme convenu et sans autre garantie que l'emploi d'un courtier assermenté. Mais le vendeur peut toujours éviter le remplacement en offrant la marchandise promise »⁴.

Un jugement du Tribunal de commerce de Marseille en date du 23 février 1921⁵, se prononce en ce sens et déclare à propos de la vente : « le vendeur contre lequel le remplacement est ordonné a le droit de livrer tant que le remplacement n'est pas effectué. L'acheteur qui refuse de recevoir encourt donc la résiliation à ses torts et griefs ».

On ne voit pas les raisons qui justifieraient, dans le domaine du marché à façon, le refus à l'auteur de la commande de la possibilité de remplacer le fabricant défaillant.

Le remplacement est en effet ici un mode de réparation particulièrement conforme à l'utilité économique du contrat et aux principes généraux de l'exécution en nature. Prati-

1. Rouen, 18 décembre 1931, *Rec. Havre*, 1932.2.242.

2. Cf. Rennes, 28 mai 1926, D. 1928.2.161 ; *id.* 27 février 1920, *Rec. Rennes*, 1930, p. 210.

3. Cf. Demogue, *Traité des obligations*, t. VI, p. 20 et suiv. et p. 335 et suiv.

4. Eymin, *Des ventes à livrer*, p. 164.

5. Trib. com. Marseille, 23 février 1921, *Rec. Marseille*, 1922.1.9.

quement si le remplacement est effectué à des conditions normales, il ne saurait soulever de difficultés.

Les règles de la gestion d'affaires — (articles 1372 et suiv.) et notamment l'article 1375 qui oblige « le maître dont l'affaire a été bien administrée (en l'espèce le fabricant pour le compte de qui le remplacement a été opéré) à rembourser au gérant (c'est-à-dire ici à l'auteur de la commande) toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites » — suffiront à résoudre celles qui pourraient apparaître.

Il n'y a donc pas lieu, dans le domaine du marché à façon, de repousser l'éventualité du remplacement. Son utilisation sera très pratique et très commode lorsque le contrat concernera des choses fongibles, pour la confection desquelles la considération de la personne n'a pas joué un rôle prépondérant ou lorsque le marché portera sur des objets qu'il est relativement facile de trouver tout faits sur le marché.

Si au contraire la commande porte sur des choses ayant une individualité propre, si le fabricant est le seul à pouvoir satisfaire aux obligations nées du contrat, si surtout la personnalité de l'entrepreneur est essentielle pour l'exécution du contrat, le remplacement devient très délicat, sinon impossible, et faute d'une exécution volontaire en nature de la part du débiteur, l'auteur de la commande devra recourir à la résolution du contrat et à une réparation pécuniaire en dommages et intérêts.

Le marché à façon suit, en matière de remplacement, les règles du droit commun. En particulier, à défaut de stipulations contraires dans la convention, il faut rejeter la nécessité de se munir au préalable d'une autorisation, comme le feraient croire les termes de l'article 1144 : « pourra être autorisé ». La jurisprudence, d'accord avec les traditions du commerce, écarte cette obligation qui risquerait d'enlever au remplacement toute son utilité, les variations incessantes de prix exigeant ici une très grande rapidité.

Par contre il paraît nécessaire d'exiger de la part de l'auteur de la commande, une mise en demeure de l'entrepreneur d'exécuter le contrat : il paraît nécessaire d'obliger l'auteur de la commande à notifier à l'entrepreneur son

désir d'obtenir l'exécution du contrat et à défaut sa volonté de procéder au remplacement.

Le marché à façon présente le plus souvent un caractère à la fois civil et commercial : la sommation constitutive de mise en demeure sera alors envoyée au fabricant sous forme de lettre recommandée. Cette solution peut du reste être étendue en matière civile si les parties dans leur convention, ont décidé qu'une simple lettre recommandée avec ou sans accusé de réception, suffirait à mettre l'entrepreneur en demeure. Dans un certain nombre de lois récentes, le législateur a adopté la même solution, afin de diminuer les interventions d'huissiers et alléger les frais de procédure.

Donc dans la pratique, l'auteur de la commande enverra au fabricant une lettre recommandée pour l'avertir que, faute par lui d'exécuter le contrat avant telle date ou d'expliquer les raisons de son retard ou de son inexécution, il sera pourvu au remplacement. Le maître de l'ouvrage pourra recourir contre son contractant défaillant à concurrence de la différence entre le prix du contrat et celui qu'il a dû payer pour le remplacement.

Cependant l'auteur de la commande n'est pas tenu d'opérer le remplacement : il peut se contenter de réclamer la résolution du contrat ; le remplacement ne constitue en effet rien autre chose que l'exécution du contrat par un tiers, aux frais du débiteur, et il est toujours possible, en vertu de l'article 1184, de se départir d'un contrat lorsque l'une des parties n'exécute pas.

« La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des parties ne satisfera point à son engagement ».

Cette résolution du marché est tout à fait légitime lorsque l'auteur de la commande prouve que, en vertu des circonstances ou des termes du contrat, la date de délivrance constitue une condition essentielle du contrat et il semble qu'il y ait lieu de considérer comme tels « les termes fixés dans les marchés portant sur des choses ayant un cours sur des marchés où le créancier peut les obtenir »¹.

1. Art. 29 du projet de loi internationale sur la vente, 1935.

Mais en vertu de l'article 1184, le juge à qui la résolution du contrat est demandée a toujours le droit « d'accorder au défendeur un délai selon les circonstances ». Il y aurait peut-être intérêt, lorsque la date de délivrance n'est pas une condition essentielle du marché, à reconnaître à l'auteur de la commande le droit, sinon l'obligation de donner lui-même un délai à l'entrepreneur¹, et sur ces points à s'inspirer du projet de loi internationale sur la vente qui, dans son article 29 déclare : « si la date de délivrance n'est pas une condition essentielle du contrat ... l'acheteur peut fixer à l'entrepreneur un délai supplémentaire d'une durée raisonnable en lui déclarant qu'après l'expiration de ce délai, il refusera la chose : si le délai ainsi fixé par l'auteur de la commande n'est pas d'une durée raisonnable, le fabricant pourra dans un bref délai, faire savoir à celui-ci qu'il n'effectuera la livraison qu'à l'expiration d'un délai raisonnable ; faute de cette déclaration, il est censé accepter le délai fixé par l'auteur de la commande ... ».

Si malgré ce délai supplémentaire, le fabricant se refuse à livrer, on se décidera à prononcer la résolution du contrat.

L'auteur de la commande aura, en ce cas, droit à des dommages et intérêts correspondant au préjudice que lui aura causé le retard ou l'inexécution, et il y a lieu à cet égard d'appliquer les articles 1146 et suiv. du Code civil, la détermination du taux de la réparation devant se faire ici selon les principes du droit commun. Mais il ne faut pas oublier que le créancier, dans tout contrat, a le devoir de limiter l'extension du dommage et si, en particulier dans le marché à façon, il lui était possible de procéder au remplacement dès qu'il a connu l'inexécution, et de la réaliser sans inconvénients ni frais appréciables, il ne saurait demander au débiteur inexécutant la réparation du préjudice causé par sa propre négligence. Si le prix des marchandises commandées a augmenté depuis le jour où il aurait pu effectuer le remplacement, il semble qu'il doive supporter les différences de cours.

Réciproquement si le remplacement a eu lieu, ce sera la

1. Cf. Trib. com. Havre, 4 avril 1933, *G.P.*, 1933.2.191.

différence entre le prix fixé au contrat et celui qui a été nécessaire pour opérer l'achat du remplacement qui sera pris en considération pour le calcul des dommages et intérêts.

Si un remplacement n'est pas possible, les dommages et intérêts seront, conformément aux articles 1149 et suiv., égaux à la perte effectivement subie par le créancier et au gain dont il est privé par l'inexécution du contrat, pourvu toutefois qu'ils soient une conséquence directe de cette inexécution et qu'ils aient pu raisonnablement être prévus lors de la conclusion du contrat, ceci à moins qu'il n'existe dans le contrat une clause pénale, auquel cas il y a lieu de la faire jouer purement et simplement.

« Lorsque la convention, déclare l'article 1152, porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre ».

En Angleterre, on se demande si la clause pénale constitue une évaluation anticipée du préjudice par des dommages-intérêts ou si elle présente le caractère d'une peine. Dans le premier cas seulement on admet que le juge ne peut pas la reviser.

Nous n'avons envisagé jusqu'à présent que l'hypothèse d'un contrat devant s'effectuer par une livraison unique : il se peut que le marché doive durer un certain temps et s'exécuter au moyen d'une série de livraisons successives.

A priori, il semble normal de penser que le marché se divise en autant de contrats distincts qu'il y a de livraisons à faire et que l'inexécution de l'une d'entre elles ne produit aucun effet sur les autres.

Un arrêt de la Cour de Douai en date du 20 mars 1930¹, confirme cette opinion : « attendu qu'il est de jurisprudence constante que les marchés à exécution par mensualité constituent autant de contrats distincts qu'il y a de mensualités prévues pour l'exécution ; qu'ainsi donc chacun d'eux doit, au point de vue de l'exécution, être examiné en soi sans qu'il

1. Douai, 20 mars 1930, D.H. 1930, p. 388.

y ait lieu de se référer aux mensualités précédentes ou postérieures... »¹.

L'auteur de la commande qui ne peut obtenir l'exécution en nature demandera une résiliation partielle pour la partie non livrée et ne paiera qu'en proportion de la valeur de ce qui lui a été livré.

Mais il se peut qu'il en soit autrement. Ce défaut d'une livraison sera parfois l'annonce d'une inexécution définitive des livraisons à venir, et il y a lieu d'admettre le droit pour l'auteur de la commande d'exiger la résiliation du contrat pour l'avenir lorsque, par suite de la mauvaise exécution ou de l'absence d'exécution d'une des livraisons dues, il a de justes sujets de craindre, sinon la certitude, que les livraisons futures ne seront pas exécutées.

Il ne faut admettre la possibilité de réclamer la résolution du contrat pour les livraisons déjà reçues que si l'acheteur prouve que par suite de la connexité existant entre toutes les livraisons prévues au contrat, l'inexécution de certaines livraisons retire tout intérêt aux livraisons déjà reçues.

Les mêmes solutions sont adoptées dans certaines législations étrangères.

En Allemagne, on se place au point de vue de la « mise en péril du but du contrat » ; c'est ainsi que le Reichsgericht a jugé que « même à la suite d'une seule non-livraison, l'intérêt qu'avait l'acheteur à faire des approvisionnements complets l'autorisait à résilier tout le contrat, et qu'un manque de ponctualité dans une livraison partielle portait une telle atteinte à la confiance en l'exécution totale que les contractants pouvaient se dégager des liens contractés ».

En Angleterre, on admet que l'acheteur peut refuser les livraisons ultérieures lorsque la violation du contrat relativement à une livraison constitue une « repudiation of the whole contract », c'est-à-dire ou bien lorsque par suite de l'attitude du vendeur il faut supposer qu'il ne fera pas les livraisons futures, ou qu'il ne les fera pas comme il convient,

1. Cf. dans le même sens Trib. com. Marseille, 25 mai 1932, *Rec. Marseille*, 1932.1.257.

ou encore lorsque la violation du contrat à l'égard d'une livraison porte atteinte aux bases essentielles de la convention ».

La même conception se retrouve dans la loi suédoise (article 22) et dans le Projet de loi internationale sur la vente de l'Institut International de Rome : dans les contrats à livraisons successives, l'acheteur peut déclarer la résolution du contrat pour l'avenir lorsque, par suite de l'inexécution d'une des livraisons dues, il a de justes sujets de craindre que les livraisons futures ne soient pas exécutées ; mais il ne peut déclarer la résolution du contrat pour les livraisons déjà reçues que s'il prouve que, par suite de la connexité existant entre toutes les livraisons prévues au contrat, l'inexécution de certaines livraisons retire tout intérêt aux livraisons déjà reçues.

Au cas de délivrance partielle ou de retard dans la délivrance d'une partie de la chose, l'acheteur ne peut déclarer la résolution du contrat pour le tout que s'il prouve que le défaut de délivrance totale ou le retard partiel constitue un manquement essentiel au contrat.

B. *Obligation de garantie.*

Le fabricant est tenu de livrer l'ouvrage une fois terminé à l'auteur de la commande et, en plus de cette obligation de délivrance il doit, nous l'avons vu ¹, garantir son contractant contre les défauts qui pourraient éventuellement entacher l'ouvrage.

Ce principe de la garantie aurait dû être mentionné dans le Code, non pas au titre spécial de la vente, mais dans le titre « des obligations conventionnelles en général » : car il constitue moins une particularité de ce contrat nommé qu'une conséquence de l'obligation de donner dans les contrats à titre onéreux ; bien qu'il suive à ce point de vue le plan du Code civil français, le Code civil allemand spécifie en ce sens que « les dispositions concernant l'obligation du vendeur de garantir les défauts de la chose sont applicables par analogie à tous les contrats qui tendent à l'aliénation

1. Cf. *supra*, p. 51 et suiv.

ou à l'affectation par voie de charges réelles d'une chose moyennant un prix en espèces ».

Mais il ne s'ensuit pas que la réglementation légale de la garantie en matière de vente s'applique nécessairement sans modification aucune au marché à façon : le fait que dans ce contrat, celui qui aliène la chose est en même temps celui qui l'a fabriquée doit entraîner des conséquences ; auteur de l'ouvrage, le fabricant n'a pas pu ignorer les défauts de celui-ci et il est normal de faire peser sur lui une présomption de mauvaise foi en renversant ainsi la règle traditionnelle, valable pour le vendeur ordinaire, que la bonne foi est présumée.

En ce qui concerne d'autre part les sanctions de l'obligation de garantie, il faut admettre que, dans le marché à façon — (et la même solution s'impose en matière de vente lorsque le vendeur est en même temps fabricant de la chose vendue) — l'auteur de la commande aura, en plus des actions en résolution du contrat et en diminution du prix que lui confère l'article 1644, le droit de solliciter, sinon d'exiger, la suppression du vice et la réparation de la chose défectueuse.

D'une manière générale, il convient de faire jouer pour le marché à façon les articles 1641 et suiv. du Code civil.

La chose commandée doit être conforme aux stipulations du marché et apte à l'usage normal ou prévu au contrat, et le fabricant sera « tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise ou n'en aurait donné qu'un moindre prix s'il les avait connus » (article 1641).

« La garantie prévue par l'article 1641, et la Cour de Dijon l'a affirmé récemment dans un arrêt du 6 juin 1935¹, suppose expressément l'existence d'un vice caché, c'est-à-dire d'un défaut qu'un acquéreur attentif et sérieux ne peut pas découvrir, dont il ne peut se convaincre lui-même par une vérification, peut-être plus ou moins facile, mais toujours possible et normale... ».

1. Dijon, 6 juin 1935, *G.P.*, 1935.2.454.

Le vendeur reste tenu de la garantie quoique les défauts n'apparaissent qu'après la vérification de la chose dès lors qu'ils existaient au jour du marché ou plus exactement au moment du transfert de propriété.

C'est ce qu'a décidé le Tribunal civil de la Seine le 18 juin 1935¹, en disant que le vendeur d'un appareil de T.S.F. devait conformément à l'article 1641 la garantie des défauts qui constituent des vices cachés qui ne seraient révélés que lors de la mise en fonctionnement de l'appareil et qui diminuent considérablement l'utilité de celui-ci.

Mais dans tous les cas, l'acquéreur doit intenter l'action en garantie dans un bref délai après la découverte des défauts (article 1648). Il y aurait intérêt à ce que cette notion de bref délai fût davantage précisée et que surtout on indiquât le point de départ de ce bref délai. Dans le silence du Code civil, il faut admettre que le délai court non pas à partir de la délivrance, mais à partir de la réception de la chose.

« Dans une vente sur documents, déclare la Cour suprême de Cassation d'Italie dans un arrêt du 7 mai 1934², le délai pour intenter l'action dépend non du moment de la remise des documents, mais de celui de la livraison de la chose ; le commencement du délai coïncidera avec le moment de l'arrivée des marchandises dans un local au choix de l'acquéreur, où elles seront à sa disposition et susceptibles d'être vérifiées par lui ».

Cette obligation de l'auteur de la commande de vérifier la chose lors de la délivrance et de formuler, le cas échéant, dans un bref délai, les réserves qu'il juge opportunes³, mise à part, l'existence de défauts viciant la chose pose la question de savoir s'il ne doit pas exister, à la charge du destinataire une certaine obligation de prendre possession de la chose et de veiller à sa conservation ; nous examinerons cette question dans le paragraphe suivant consacré à l'obli-

1. Trib. civ. Seine, 18 juin 1935, *G.P.*, 1935.2.431.

2. Cass. Italie, 7 mai 1934, *Rev. Trim. dr. civil*, 1935.

3. Cf. Trib. com. Havre, 18 juin 1930, *Rec. Havre*, 1930.1.238 ; *id.* 28 mai 1934, *Rec. Havre*, 1934.1.246.

gation du créancier de recevoir la chose et d'en payer le prix.

Le fait que, dans le marché à façon, le vendeur est en même temps le fabricant de la chose apporte toutefois des modifications à la réglementation légale de la garantie, ou plus exactement des modalités d'application de ce principe différentes de celles qui interviennent pour un vendeur ordinaire.

L'article 1643 déclare le vendeur « tenu des vices cachés quand même il ne les aurait pas connus, à moins que, dans ce cas, il n'ait stipulé qu'il ne serait tenu à aucune garantie ».

S'il a connu les vices de la chose, « le vendeur est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur ; s'il les a ignorés, il n'est tenu qu'à la restitution du prix et au remboursement des frais occasionnés par la vente ». En matière de vente, la sanction de la garantie diffère selon que le vendeur est ou n'est pas de bonne foi, et, conformément au droit commun, il y a lieu de présumer la bonne foi. Il en est autrement lorsque le vendeur est un ouvrier qui aliène les objets de sa fabrication, un entrepreneur qui confectionne lui-même avec la matière qu'il fournit la chose qu'il livre à l'auteur de la commande ; en ce cas, on admet que ce fabricant est présumé, et ce, d'une façon irréfragable, connaître les vices de la chose¹.

« Il est traditionnellement admis, écrit Planiol², qu'une présomption de mauvaise foi doit peser sur le vendeur si la vente est faite par un fabricant ou un marchand faisant commerce de choses pareilles à la chose vendue : c'est l'application de l'adage *Unus quisque peritus esse debet artis suae*. Cette présomption est toujours irréfragable lorsqu'elle pèse sur le fabricant ».

Ce dernier doit être en effet au courant des propriétés et des défauts de l'ouvrage et s'il le transmet sans les signaler

1. Cf. Req. 10 mai 1909, D. 1912.1.16 ; Paris, 19 février 1924, G.P., 15 avril 1924 ; Req. 21 octobre 1925, D. 1926.1.9.

2. Planiol, *op. cit.*, X, p. 141.

à l'auteur de la commande, il devra réparer le dommage que celui-ci peut éprouver.

L'ignorance des défauts de la chose chez celui qui en est l'auteur constitue en effet une véritable faute professionnelle qui suffit à le rendre responsable du préjudice.

C'est déjà ce que disait, dans notre Ancien Droit, Pothier¹ : « Il y a un cas auquel le vendeur quand même il aurait ignoré absolument le vice de la chose vendue, est néanmoins tenu à la réparation du tort que ce vice a causé à l'acheteur dans ses autres biens : c'est le cas où le vendeur est un ouvrier ou un marchand qui vend des ouvrages de son art ou du commerce dont il fait profession.

Il se rend en effet envers tous ceux qui contractent avec lui responsable de la bonté de ses ouvrages pour l'usage auquel ils sont naturellement destinés. Son incapacité ou défaut de connaissance dans tout ce qui concerne son art est une faute qui lui est imputée, personne ne devant professer publiquement un art s'il n'a pas les connaissances nécessaires pour le bien exercer ».

Mais pour que le fabricant soit responsable, et Pothier lui-même y insiste, il faut que l'auteur de la commande se soit servi de la chose pour l'usage auquel elle est naturellement destinée ou qui avait été précisé lors de la conclusion du contrat.

« Quelque défectueuse que soit la chose qu'un ouvrier ou un marchand a vendue, si l'acheteur s'en est servi à un autre usage qu'à celui auquel elle était destinée, le vendeur ne sera tenu du dommage que le vice de la chose aura causé à l'acheteur que jusqu'à concurrence de la somme à laquelle aurait pu monter au plus celui qu'il aurait pu souffrir s'il se fût servi de la chose pour l'usage auquel elle était destinée... C'est ainsi que si une personne a commandé à un fabricant des tonneaux devant contenir du cidre et qu'au lieu d'y mettre du cidre il y met de l'eau de vie, le marchand ne sera pas responsable des fuites ou évaporations qui seraient dues à la qualité défectueuse des bois employés pour la

1. Pothier, *Traité de la vente*, nos 212 et suiv., p. 88 et suiv.

construction du tonneau ». Le vendeur, par la profession publique qu'il fait de son art, ne s'est engagé envers le public qu'à faire des marchandises qui soient propres à l'usage auquel elles sont destinées. En l'espèce, il devait fournir un tonneau apte à contenir et à conserver du cidre ; il ne saurait être tenu de réparer le préjudice que l'acheteur a pu subir en y mettant, au lieu de cidre un liquide plus fort en alcool et plus volatil comme de l'eau de vie.

« Le fabricant, déclare Pothier, ne se soumet qu'à la réparation du dommage que peut souffrir l'acheteur en se servant de la chose pour l'usage auquel elle est destinée et non plus avant ; il est néanmoins tenu du dommage au moins jusqu'à cette concurrence, quoique l'acheteur se soit servi de la chose pour un autre usage ; car s'il ne doit pas souffrir de ce que l'acheteur s'est servi de la chose pour un autre usage, il ne doit pas non plus en profiter ».

Il semble bien, par suite du caractère irréfragable de la présomption de faute qui incombe au fabricant, que les clauses concernant la garantie n'auront pas, dans le marché à façon, la même valeur qu'en matière de vente.

S'il est loisible au vendeur de stipuler par exemple qu'il ne sera tenu à aucune garantie à raison des défauts de la chose vendue, c'est à la condition toutefois qu'il n'en ait pas eu connaissance au moment de la vente. S'il les a connus, l'effet de la clause sera seulement de renverser la charge de la preuve : car la jurisprudence se refuse à admettre l'efficacité des clauses de non garantie ou d'irresponsabilité en matière contractuelle non seulement lorsqu'il y a dol ou faute lourde, mais encore lorsqu'il y a faute légère et que celle-ci est prouvée¹.

En ce qui concerne le marché à façon, puisque le fabricant est présumé connaître les défauts de la chose qu'il a produite, la stipulation d'une clause de non garantie constituerait de sa part une véritable manœuvre dolosive, ou tout au moins une faute dont l'existence même des défauts

1. Cf. Req. 3 mai 1932, G.P., 1932.2.192.

apporterait la preuve et qui suffirait à elle seule à écarter l'effet de la clause.

Nous devons donc, en notre matière, repousser la validité des clauses exonératives de responsabilité de garantie; d'autres clauses au contraire, à défaut de prohibition légale ou jurisprudentielle, sont pleinement valables : ce sont les clauses simplement limitatives de garantie et celles qui modifient le champ des obligations contractuelles en augmentant ou en diminuant l'étendue de la garantie, sans toutefois, dans ce cas, aboutir à une suppression déguisée de celle-ci.

Les formes de ces clauses limitatives de responsabilité sont très diverses; elles peuvent fixer à un chiffre déterminé ou « forfait » le montant maximum de l'indemnité due, à raison des défauts de la chose, ou limiter la durée de la garantie en établissant un délai passé lequel l'action en garantie ne sera plus recevable. Ainsi la Cour de Lyon déclare¹ : « que la mention imprimée sur une facture et portant que toute réclamation devra être formée dans les 48 heures après la réception, n'étant pas une stipulation unilatérale, lie l'acheteur du moment qu'il n'a élevé aucune protestation ni réserve ».

Mais ces clauses, plus fréquemment, réglementent les conditions de la réparation du dommage causé par l'exécution défectueuse, en disant par exemple que l'auteur de la commande devra se contenter d'une réparation en nature, à l'exclusion de toute indemnité en dommages et intérêts.

« Est licite et valable, lit-on dans un jugement du Tribunal de commerce du Havre en date du 10 novembre 1931², la clause par laquelle le constructeur vendeur stipule que sa garantie vis-à-vis de son acheteur à raison de tout défaut d'origine des matières premières ou de construction sera strictement limité à la remise en état dans ses ateliers des pièces entachées de ces défauts et ne pourra en aucun cas

1. C. Lyon, 19 mai 1932, *Mon. Jud. Lyon*, 12 décembre 1933.

2. Trib. com. Havre, 10 novembre 1931, *Rec. Havre*, 1932.2.215.

l'entraîner à d'autres frais en dommages et intérêts quelconques....».

De même la Cour de Paris a décidé le 15 octobre 1931¹, que « le constructeur d'une automobile qui a stipulé d'un acheteur qu'en cas de défaut de matière ou de vices de construction, ses obligations se limiteraient à réparer ou échanger sans frais, à ses usines, la pièce reconnue défectueuse, sans aucune indemnité, ne peut être condamné à des dommages et intérêts au profit de l'acheteur pour le motif que celui-ci a dû faire conduire sa voiture à l'usine et en être privé pendant le temps de la réparation, alors surtout que l'acheteur à qui le vendeur a prêté gratuitement une autre voiture pendant le temps de la réparation n'établit pas que la réparation a été abusivement traînée en longueur ... ».

Les clauses limitant la garantie du fabricant sont en principe valables; mais il y a toujours lieu de rechercher si elles présentent un caractère sérieux et licite ou si, au contraire, elles ne sont pas en fait des clauses déguisées de renonciation, prohibées par l'ordre public.

La Cour de Nîmes, dans une affaire où le vendeur-fabricant avait commis une faute lourde ayant occasionné des avaries importantes et successives, a jugé le 27 novembre 1933² que « le vendeur ne pouvait par avance, par une clause du contrat, se dégager des conséquences d'une faute lourde de sa part équivalant au dol et qu'il ne saurait en conséquence prétendre, pour se soustraire à toute responsabilité, que le délai de garantie était expiré ou que la garantie ne s'étendait qu'au remplacement des organes défectueux de l'automobile vendue ... ».

Indépendamment de la notion d'ordre public, un des éléments les plus importants que la jurisprudence prend en considération pour évaluer le caractère sérieux et licite de ces clauses, c'est l'éventualité d'une contre-partie, d'avantages particuliers (réduction du prix du marché — livraison franco au domicile de l'auteur de la commande) consentis par le fabricant en échange de la clause forfaitaire limitative.

1. C. Paris, 15 octobre 1931, *Gaz. Trib.*, 19 novembre 1931.

2. C. Nîmes, 27 novembre 1933, *G.P.*, 1934.1.279.

S'il est interdit à l'entrepreneur de s'exonérer de toute responsabilité contractuelle ou, par le jeu des clauses limitatives, de réduire en fait à néant l'obligation de garantie qui lui incombe, il peut, lors de la conclusion du contrat, fixer à son gré l'étendue des obligations qu'il assume.

Il pourra ainsi substituer à une obligation de résultat une obligation générale de diligence ou de prudence : c'est là l'hypothèse, citée déjà par Ulpien dans le Droit romain, de l'artisan à qui on demande de fabriquer une chose très difficile ou très fragile et qui s'engage, non pas à la réaliser, mais à faire tout son possible pour la réaliser.

Mais il semble bien qu'ici on ne soit plus en présence d'un véritable marché à façon, celui-ci exigeant normalement du fabricant un résultat, la confection et l'achèvement de l'ouvrage et son transfert une fois terminé à l'auteur de la commande.

Si en effet les clauses diminuant le champ des obligations contractuelles sont valables dès lors qu'elles apparaissent claires et précises, il ne faut pas toutefois qu'elles amenuisent l'objet ou la cause du contrat au delà d'une certaine limite. Si on restreint tellement l'objet de l'obligation qu'il n'en reste virtuellement plus rien, le contrat sera nul faute d'objet. Il en serait de même si, par une série de clauses habiles, l'une des parties parvenait à supprimer tout le contenu de la prestation qu'il a promise, ou à établir, à son profit, une véritable condition potestative prohibée par l'article 1174 du Code civil. Si grande que soit la liberté des conventions, il est impossible aux parties d'altérer, dans ce qui constitue ses éléments essentiels, le contrat qu'elles ont déclaré vouloir conclure.

A l'opposé de ces clauses exonératives ou limitatives de garantie, le contrat peut contenir des stipulations augmentant les obligations de l'entrepreneur fabricant et assurant à l'auteur de la commande une protection plus grande que celle prévue par les articles 1641 et suiv.

Le fabricant peut avoir garanti expressément à son client l'existence de certaines qualités ou l'absence de certains défauts ; il faut considérer comme garantie de fait, venant

s'ajouter à la garantie légale, la clause en vertu de laquelle le fabricant assure à l'auteur de la commande le bon fonctionnement d'un appareil ou d'une machine pendant un laps de temps déterminé.

L'étendue des obligations du fabricant est alors déterminée par les termes mêmes de cette clause de garantie. Toutefois il y a lieu d'observer que cette clause n'aura pas pour effet de garantir l'acquéreur contre l'absence d'une réparation lui incombant et qui aurait empêché le dommage.

Cette garantie peut aussi avoir été tacitement assurée et ce sera le cas lorsqu'il s'agit d'une commande sur échantillon ou d'un marché dans lequel le fabricant connaissait le but de son client. Cette connaissance du but de l'auteur de la commande existera, à notre avis, lorsqu'il s'agit de la commande de machines courantes et c'est à bon droit que la Cour de Paris, le 3 mars 1934¹, a déclaré que l'acheteur à qui ont été livrées des caisses enregistreuses dont le fonctionnement défectueux dès la réception a fait l'objet de fréquentes réclamations motivant des interventions répétées et inefficaces, est fondé devant l'impossibilité absolue de fonctionnement de ces machines, à demander la résolution du contrat pour vices rédhibitoires aux termes des articles 1641 et suiv.

Dans ce cas, la conformité de la chose à l'échantillon ou l'adaptation de l'ouvrage au but auquel il est destiné, sont devenus pour ainsi dire des éléments essentiels du marché, et l'exécution défectueuse constitue une véritable inexécution du contrat.

La même opinion se retrouve dans certaines législations étrangères. L'article 321 du Code polonais des obligations déclare : « dans la vente sur échantillon ou sur modèle, l'existence des qualités de l'échantillon ou du modèle est réputée assurée par le vendeur ».

De même dans le Code civil allemand, article 494 : « dans toutes ventes sur épreuves ou sur modèles, les qualités de l'épreuve ou du modèle doivent être considérées comme assurées ».

1. Paris, 3 mars 1934, *G.P.*, 1934.1.194.

Le Projet de loi internationale sur la vente s'oriente également dans cette voie : article 43 « dans les ventes sur échantillon ou sur modèle, la garantie porte sur tout défaut de conformité entre les qualités de la chose et celles de l'échantillon ou du modèle ». Il ajoute, il est vrai, qu' « il n'est exigé de conformité rigoureuse que si la convention des parties l'a stipulé d'une façon non équivoque et qu'il n'y a pas vente sur échantillon ou sur modèle lorsque le vendeur prouve que l'échantillon ou le modèle n'ont été présentés à l'acheteur qu'à titre d'indications et sans engagement de conformité ».

On peut déplorer que le Code civil, qui a prévu des types de ventes aujourd'hui disparus (vente *ad gustum*) ou secondaires (vente à l'essai), n'ait pas jugé opportun de régler les difficultés que peut susciter la vente sur échantillon ou sur modèle pourtant si pratique et si courante. Faute de texte en Droit positif français, il faut en rechercher la réglementation dans les formulaires et dans la jurisprudence : « attendu, déclare un arrêt de la Chambre des Requêtes en date du 22 décembre 1903¹, que A. avait déclaré à B. que ses composés de métaux étaient à base d'aluminium, ne s'oxydaient jamais et présentaient une résistance variant entre 29 et 30 kgr. par mm² de section ; qu'il lui avait remis un bâton du métal en l'autorisant à le conserver à titre d'échantillon ; que cet échantillon contenait 36 % d'aluminium ; attendu que les marchandises fournies se sont trouvées impropres à l'usage auquel elles étaient destinées et de très mauvaise qualité ; qu'elles ne contenaient pas d'aluminium ou des traces ; que par suite elles n'étaient pas conformes aux conditions du marché ».

Cette solution se retrouve avec plus de netteté encore dans l'arrêt de la Cour de Cassation italienne en date du 12 novembre 1930², qui assimile la différence entre l'échantillon et la marchandise livrée en un vice qui tombe sur une qualité substantielle de la chose et non pas dans un simple défaut qui la rend moins apte à l'usage auquel elle était destinée³.

1. Req. 22 décembre 1903, D. 1905.1.263.

2. Cass. Italie, 12 novembre 1930, *Rev. Trim. dr. civ.*, 1933, p. 189.

3. Cf. en ce qui concerne la preuve de la conformité dans la vente sur échantillon, Alexandrie, 12 avril 1933, *Rev. Trim. dr. civ.*, 1934, p. 254.

Mais alors la question se pose de savoir si le fabricant peut encore être poursuivi en garantie lorsque l'objet confectionné qu'il livre est conforme à l'échantillon ou au modèle proposé. Il convient de répondre en principe par la négative; en choisissant l'échantillon l'auteur de la commande a pu se rendre compte des qualités et des propriétés de la marchandise qu'il achetait et reconnaître les défauts qui pouvaient éventuellement l'entacher. En contractant, il manifeste son intention d'obtenir un ouvrage qui corresponde au modèle vu et expérimenté et il ne saurait se plaindre de ce que la marchandise y soit conforme. Il faut cependant que la marchandise demeure loyale et marchande et en ce sens, le Tribunal de Commerce du Havre, a décidé le 18 novembre 1929¹ : « la condition de qualité loyale et marchande est toujours sous-entendue dans les contrats et le vendeur est tenu, à défaut de stipulations expresses l'en dégageant, même au cas d'une vente sur échantillon, à plus forte raison quand le courtier s'est contenté de remettre à l'acheteur, suivant l'usage, un échantillon non cacheté ».

Toutefois, s'il existe dans la marchandise livrée des défauts dont la nature, la manière ou la dimension de l'échantillon n'ont pas permis de constater l'existence, il semble que, malgré la conformité de la chose fabriquée au modèle, il faille admettre ici l'obligation du fabricant à la garantie.

Ce cas s'est présenté dans une affaire de commande de drap dont un échantillon avait été présenté à l'acheteur²; cet échantillon, pris dans la pièce d'étoffe, était de petites dimensions et son examen attentif et minutieux ne permettait pas de découvrir un défaut qui n'apparaissait que lorsqu'on considérait une certaine longueur de l'étoffe.

L'acheteur pouvait-il se prévaloir de la garantie des vices cachés alors que la livraison était conforme à l'échantillon présenté ? La réponse a été en l'espèce affirmative : on peut en effet considérer qu'il y a eu de la part du vendeur fabricant une négligence ou une faute, sinon un dol à n'avoir pas averti son co-contractant du défaut existant,

1. Trib. com. Havre, 18 novembre 1929, *Rec. Havre*, 1930.1.16.

2. Drumond v. Van Ingen, 1887, Halsbury, t. XXV, p. 161.

et la meilleure réparation qui puisse sanctionner cette faute est d'obliger le fabricant à supporter la charge d'une obligation de garantie à raison de ce défaut caché de la chose.

Il faut maintenant rechercher quelles vont être les sanctions de l'exécution défectueuse et si l'existence d'un défaut dans certaines livraisons ne porte pas atteinte au lien contractuel lui-même lorsqu'il s'agit de contrats à livraisons successives.

L'article 1644 concernant la sanction de la garantie en matière de vente indique que dans le cas où des défauts importants se révèlent qui rendent la chose impropre à son usage ou le diminuent tellement que l'acheteur n'aurait pas acquis la chose ou n'en aurait donné qu'un moindre prix s'il les avait connus, « l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix, ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix telle qu'elle sera arbitrée par expert ».

L'article 1645 ajoute : « si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur ».

Y a-t-il lieu de transposer purement et simplement ces deux actions rédhibitoire et *quantum minoris* dans le cadre du marché à façon, ou ne faut-il pas au contraire rechercher si le caractère particulier de ce contrat ne s'accommoderait pas mieux de sanctions différentes et plus adaptées lorsque des défauts se manifestent lors de la livraison ou postérieurement à celle-ci ?

Dans la vente, le vendeur ne fait que servir d'intermédiaire entre le producteur et le consommateur et, s'il est tenu d'une certaine obligation de garantie à raison des défauts de la chose qu'il aliène, on comprend que la seule sanction soit l'obligation pour lui de reprendre la chose en en restituant le prix ou, si l'acheteur préfère garder la chose malgré le vice qui la déprécie, de l'indemniser du préjudice qu'il subit du fait de la découverte du défaut, en lui consentant une réduction sur le prix de vente.

Mais dans le marché à façon, celui qui transfère la pro-

priété de l'ouvrage est en même temps celui qui l'a confectionné. Si la chose une fois terminée présente quelques vices, l'entrepreneur doit en être tenu pour responsable, car il lui appartenait de prendre toutes les dispositions utiles ou nécessaires pour les empêcher.

Cette circonstance que le vendeur est en même temps l'auteur de la chose n'est-elle pas susceptible de modifier les règles de la garantie, et avant de recourir aux actions rédhibitoire ou *quantum minoris* toujours possibles, n'y aurait-il pas lieu de rechercher des moyens de droit plus appropriés ?

En particulier, puisque nous avons affirmé le principe de l'exécution en nature des obligations, ne pourrait-on pas, dans un sens analogue, proclamer, pour le marché à façon, le principe de la réparation en nature du préjudice causé par l'inexécution ? Le but est en effet le même : il s'agit toujours pour le créancier d'obtenir la satisfaction que le but du contrat devait lui assurer.

« Toutes les fois, écrit Mlle Ripert ¹, que les tribunaux ont essayé d'ordonner la réparation d'un dommage en nature, ils se sont heurtés à l'inflexibilité de la Cour de Cassation qui applique rigoureusement l'article 1142, déclarant que la contrainte du fait personnel est une institution barbare indigne d'une société organisée et inadmissible dans la civilisation moderne ».

C'est là une affirmation trop absolue, à notre avis, et nous préférons la théorie généralement admise selon laquelle la réparation doit être la plus adéquate possible à la nature du dommage. Le plus souvent cette réparation « la plus adéquate », consistera en une indemnité pécuniaire, mais il peut en être autrement, et, en matière de fourniture de machines ou de marchés de construction, les tribunaux ont parfois ordonné, sur la demande du créancier ou sur l'offre du débiteur, le remplacement des pièces défectueuses ou la réfection des travaux imparfaits.

1. L. Ripert, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, p. 13.

Mais si une partie de la jurisprudence paraît favorable au principe que surtout en matière de responsabilité contractuelle, la réparation d'un dommage n'est pas forcément pécuniaire et qu'elle peut se traduire sous d'autres formes, la Cour de cassation cassant un arrêt de la Cour de Riom, a proclamé, le 4 juin 1924¹ qu' « aucune disposition légale n'autorise les tribunaux à condamner, à titre de réparation d'un dommage causé, à exécuter un acte qui ne lui est imposé ni par une convention ni par la loi, alors qu'elle refuse de l'accomplir ».

Cet arrêt dont les termes se justifient par l'existence de l'article 1142 et par le rôle du juge en France, celui-ci ne pouvant créer lui-même des obligations à la charge des parties, ne porte pas obstacle au principe que la réparation peut être stipulée en nature. En fait l'arrêt de 1924 posait au fond la question de savoir par les soins de qui serait effectuée la réparation d'avaries causées à un meuble durant un transport en chemin de fer ; il décide que la compagnie ne sera pas tenue de faire elle-même la réparation du meuble ; mais il reconnaît au créancier, propriétaire du mobilier avarié, le droit de porter des objets chez un marchand spécialisé dans ce genre de réparations et d'obtenir de la compagnie de chemin de fer des dommages et intérêts qui permettront de payer l'artisan ou le façonnier.

Par suite, en matière de vente, à défaut de dispositions légales ou conventionnelles, on ne saurait imposer au vendeur, au cas d'exécution défectueuse, l'obligation de réparer les défauts de la chose ou de remplacer la livraison première par la livraison d'autres marchandises exemptes de vices. La seule possibilité qui s'offre à l'acheteur, c'est de demander à titre de dommages et intérêts, la compensation des frais de réparation.

On trouve cependant des arrêts qui ont admis le droit de l'acheteur d'exiger la réparation ultérieure de la chose lorsque le défaut peut être corrigé ou, lorsque le défaut ne peut pas être corrigé, mais que la marchandise délivrée

1. Civ. 4 juin 1924, S. 1924.1.97.

peut être remplacée par une autre, celui de demander la livraison d'une chose exempte de défauts.

Cette jurisprudence n'est pas très logique, car le vendeur, simple marchand le plus souvent, n'aura pas ordinairement à sa disposition les moyens et le personnel nécessaires à la réfection du vice de la chose. La solution de ces arrêts se justifie encore lorsqu'il s'agit de la livraison de choses fongibles qui sont ou peuvent être à la disposition immédiate de l'acheteur, le remplacement étant alors facile à réaliser et le procédé le plus pratique et le moins onéreux de réparation : elle se comprend moins lorsqu'il s'agit de la suppression d'un défaut d'une chose non fongible et c'est à juste titre que les droits italien, allemand et anglo-saxon la repoussent.

Mais ne doit-il pas en être tout autrement lorsque celui qui aliène une chose est en même temps celui qui l'a confectionnée ? Le fabricant qui s'est engagé à faire l'ouvrage possède de quoi mener à bien cette entreprise, et on peut concevoir que si un défaut vient à se révéler, il soit à même de pouvoir le faire disparaître.

En contractant, il a promis de livrer un ouvrage sans défaut : il sera donc habituellement en mesure de réparer les vices qui peuvent l'entacher et qu'il aurait déjà dû supprimer, puisqu'il est censé les avoir connus, avant de délivrer la chose.

Au cas d'exécution défectueuse d'un marché à façon, l'auteur de la commande doit pouvoir exiger du vendeur la délivrance d'une nouvelle chose ou la réparation de la chose défectueuse, lorsque celle-ci peut se faire sans inconvénients ni frais considérables.

Sans doute il est loisible aux parties de prévoir dans leur contrat une clause de cet ordre autorisant l'auteur de la commande à réclamer le remplacement de la pièce défectueuse ou la suppression du défaut ; mais il serait utile qu'au lieu de demeurer une possibilité, la réparation des défauts devînt une obligation pour le fabricant.

La jurisprudence s'oriente en ce sens lorsqu'elle déclare : « un tailleur ne peut réclamer le paiement du prix d'un cos-

tume qu'après réfection des défauts de son ouvrage »¹.

Le fabricant, dans le marché à façon, n'a pas seulement une obligation de donner : il a, antérieurement à celle-ci, l'obligation de confectionner la chose qu'il doit livrer. L'existence d'un défaut dans l'objet du contrat constitue alors une véritable inexécution partielle de l'obligation de faire et le créancier, en l'espèce l'auteur de la commande, doit avoir le droit d'exiger la réparation en nature du vice ou la suppression du défaut, dans la mesure où il a le droit de réclamer l'exécution en nature de l'obligation de son contractant.

Le plus souvent d'ailleurs, le vendeur-fabricant se prêtera volontiers à une telle combinaison qui ne peut que satisfaire sa clientèle et favoriser son commerce.

Mais si à la fin du délai raisonnable qui lui aura été imparti par l'auteur de la commande, le défaut n'a pas été supprimé, le maître a, bien entendu, conformément à l'article 1644 du Code civil, le droit de se désister du contrat ou de demander une réduction de prix dans une mesure adéquate.

Les mêmes droits doivent lui être reconnus lorsque la suppression des défauts est impossible, ou lorsqu'elle risque d'entraîner des frais ou des inconvénients trop considérables, ainsi que lorsque l'entrepreneur s'y refuse ou que l'exercice immédiat des actions rédhibitoire ou *quantum minoris* est justifié par un intérêt particulier de l'auteur de la commande.

Le droit de l'auteur de la commande d'obliger le fabricant à réparer les défauts de la chose entraînerait, à notre avis, par voie de réciprocité, le droit de l'entrepreneur d'exiger que la réparation de l'ouvrage lui soit confiée, ou du moins que le montant des dommages et intérêts par lui dus ne dépasse pas la somme qui lui aurait été personnellement nécessaire pour supprimer le vice. Le Tribunal de Commerce de Saint-Valéry-sur-Somme s'est prononcé en ce sens dans un jugement en date du 27 août 1925² : « attendu que les fournitures, objet du litige, répondent, en général, aux conditions de l'échantillon et que d'ailleurs le fabricant

1. J.P. Carvin, 11 avril 1933, *Journ. jug. paix*, 1933, p. 277.

2. Trib. com. Saint-Valéry-sur-Somme, 27 août 1925, *G.P.*, 1925.2.651.

s'est offert à plusieurs reprises à remplacer les pièces défectueuses ou à en rembourser la valeur ; attendu que sa responsabilité de fondeur sur modèle ne peut être engagée au delà de ce simple remplacement, et cela dans les limites convenables de temps après la livraison ... ».

Certains pays étrangers ont déjà admis dans leur législation, la possibilité d'exiger la suppression des vices ou la réparation des défauts de la chose ; parfois ils ont été plus loin en autorisant l'auteur de la commande à intervenir au cours de la fabrication de l'ouvrage lorsque la manière dont l'entrepreneur conduit le travail lui donne lieu de croire que la chose présentera des défauts lors de son achèvement.

Le Droit civil allemand (articles 633 et suiv. B.G.B.) oblige l'entrepreneur à confectionner l'ouvrage de telle sorte qu'il présente les qualités assurées et ne soit pas entaché de vices qui en fassent disparaître ou qui en diminuent la valeur ou l'utilité selon la destination ordinaire ou l'usage prévu au contrat. Lorsque l'ouvrage n'est point fait de la sorte, l'auteur de la commande peut exiger la suppression des défauts qu'il présente, à condition que cette suppression ne nécessite pas des dépenses disproportionnées. Au cas de refus du fabricant, l'auteur de la commande peut du reste faire opérer lui-même cette réparation de la chose aux frais du fabricant. Mais ces droits ne lui appartiennent que si le défaut diminue d'une manière importante la valeur ou l'utilité de l'ouvrage.

Le C.O. suisse, dans son article 368, admet également la possibilité pour l'auteur de la commande « d'obliger l'entrepreneur à réparer l'ouvrage à ses frais si la réfection est possible sans dépenses excessives ».

La législation polonaise se prononce dans un sens analogue — (articles 485 et suiv.) : si les défauts sont susceptibles d'être supprimés, le maître peut réclamer cette suppression et fixer dans ce but un délai convenable à l'entre-

preneur sous la réserve que, ce délai passé, il n'acceptera plus la réparation de l'ouvrage. L'entrepreneur peut refuser la réparation de l'ouvrage si celle-ci exige des frais excessifs.

Ces droits seront toutefois refusés à l'auteur de la commande qui, soit par des instructions contraires aux avis du fabricant, soit d'une autre manière, sera la cause de la défectuosité de l'ouvrage. Ces dispositions se comprennent sans peine : si une faute du maître de l'ouvrage se trouve à l'origine des défauts, si, malgré les avertissements répétés de l'entrepreneur, l'auteur de la commande exige que l'objet soit fabriqué selon les directives contraires aux règles du métier, il ne saurait s'en prendre qu'à lui-même et l'entrepreneur sera déchargé de toute responsabilité à raison des vices qui pourront alors entacher l'ouvrage.

Le Projet de loi internationale sur la vente, élaboré par l'Institut International de Rome, qui, pour l'application de la loi, assimile au contrat de vente le contrat de livraison d'objets mobiliers corporels à fabriquer ou à produire lorsque la partie qui s'oblige à livrer doit fournir les matières principales nécessaires à la fabrication ou à la production, consacre aussi le droit pour l'acheteur d'exiger la réparation du vice ou la suppression des défauts.

Article 56 : « si le vendeur doit produire ou construire la chose conformément à des ordres spéciaux de l'acheteur, il a l'obligation de réparer dans un délai raisonnable un défaut qui lui a été dénoncé. Il a également le droit de réparer ce défaut dans un délai raisonnable pourvu qu'il n'en résulte pour l'acheteur, ni inconvénients ni frais appréciables.

L'acheteur ne peut alors exercer les droits qui lui appartiennent en raison des défauts de la chose en vertu de l'article 51 (résolution, réduction du prix, délivrance d'une nouvelle chose) qu'après l'expiration du délai raisonnable prévu à l'alinéa 1. Il peut réclamer éventuellement des dommages et intérêts correspondants au préjudice que lui a causé la première livraison défectueuse ».

Les solutions que nous avons admises lorsque le contrat doit se réaliser au moyen d'une prestation unique et que

celle-ci est défectueuse, doivent s'étendre aux cas où la convention suppose plusieurs livraisons successives. Nous avons déjà examiné à propos de la délivrance les conséquences du retard ou de l'inexécution d'une livraison sur l'ensemble du contrat : les mêmes principes de solution se retrouvent en ce qui concerne les effets de l'exécution défectueuse de l'une des livraisons sur le sort du marché. L'hypothèse serait analogue, si, la convention portant sur la fabrication de plusieurs choses à la fois ou sur un ensemble de pièces, certaines d'entre elles seulement étaient défectueuses.

La possibilité, sinon l'obligation, de demander la suppression des défauts ou le remplacement de la livraison défectueuse par une autre livraison de choses exemptes de vices, mise à part, il semble bien que, comme pour l'obligation de donner, la résiliation du marché à la réduction du prix ne puisse être demandée qu'à l'égard des objets entachés de vices ou des livraisons défectueuses.

Ce n'est que si, du point de vue économique, le marché forme un tout, si la chose ou la pièce défectueuse ne peut être détachée de celles qui sont exemptes de défauts sans un préjudice notable pour l'une des parties, que la résiliation pourra s'étendre à l'ensemble du marché.

Mais il faudra en ce cas que l'auteur de la commande prouve que la partie déjà exécutée par les livraisons conformes antérieures n'a pour lui aucune valeur ou utilité sans la partie inexécutée, que la connexité des diverses livraisons est telle qu'une exécution partielle du marché ne présente plus aucun intérêt. Cette preuve sera superflue si l'inutilité de l'exécution partielle résulte de la nature même de la chose ou de l'intention des parties.

Il en serait de même lorsque l'exécution défectueuse d'une quelconque livraison menace de compromettre, ou compromet la réalisation du but poursuivi par les parties ; il y a lieu en effet d'assimiler le créancier qui n'a rien reçu à celui qui a reçu un ouvrage à ce point défectueux qu'il n'a point de valeur et ne peut être utilisé.

La résiliation du contrat pourra également être demandée, pour l'avenir, lorsqu'il résulte de la livraison défectueuse effectuée par le vendeur que ce dernier ne sera pas en mesure

d'exécuter les autres livraisons conformément à ce qu'il a promis, par exemple si le fabricant a fait continuellement des livraisons défectueuses de telle sorte qu'on est fondé à penser que les livraisons futures ne seront pas meilleures.

Certaines législations étrangères se prononcent également en ce sens :

« Lorsque de plusieurs choses vendues, une seule est entachée de défauts, déclare l'article 469 du B.G.B., l'action rédhibitoire ne peut être exigée qu'en ce qui concerne celle-ci, alors même qu'un prix global a été établi pour toutes. Toutefois lorsque les choses ont été vendues comme dépendantes les unes des autres, chacune des parties peut exiger que la résolution s'étende à tout le contrat quand, au point de vue de ses intérêts à elle, les choses viciées ne peuvent être sans dommage, séparées des autres »

« Lorsque la vente est de plusieurs choses à la fois, stipule l'article 209 C.O. suisse, ou d'un ensemble de pièces et que certaines d'entre elles seulement sont défectueuses, la résolution ne peut être demandée qu'à l'égard de ces dernières.

Toutefois si la chose ou la pièce défectueuse ne peut être détachée de celles exemptes de défauts sans un préjudice notable pour l'acheteur ou le vendeur, la résiliation doit s'étendre à tout l'objet de la vente ».

La même opinion se retrouve dans l'article 330 C.O. polonais, et dans la loi scandinave de 1905 dont l'article 46 déclare : « Lorsque la chose doit être livrée au moyen de prestations successives et que l'une d'elles est défectueuse, l'acheteur n'est pas autorisé sur le fondement de celle-ci à résilier la vente dans une mesure plus large que ces livraisons défectueuses. Mais s'il y a lieu de craindre que les livraisons ultérieures seront aussi défectueuses, il peut manifester immédiatement son intention de les refuser. Si les livraisons sont dans un tel lien de connexité qu'il serait préjudiciable au vendeur de demeurer partiellement lié par le contrat, il peut demander la résiliation pour le tout ».

Il en est de même dans les lois anglaise et américaines.

Le problème de l'exécution défectueuse du marché à

façon soulève une question connexe. La loi du 1^{er} août 1905 sur la répression des fraudes dans les ventes de marchandises et des falsifications des denrées alimentaires et des produits agricoles peut-elle s'appliquer en notre matière ?

On connaît les motifs qui ont inspiré cette loi : nécessité de réprimer un nombre croissant de fraudes dans les ventes et désir d'assurer une certaine probité dans les relations commerciales, obligation de garantir d'une façon plus efficace la santé et l'hygiène publiques et de protéger des contractants économiquement ou socialement plus faibles et mal outillés pour déceler les tromperies, nécessité de trouver des ressources nouvelles pour satisfaire les besoins d'un budget sans cesse plus exigeant.

En plus des conséquences civiles du dol et des droits que les articles 1641 et suiv. du Code civil attribuent à l'acquéreur d'une chose entachée de défauts, le législateur de 1905 a prévu une sanction pénale.

Dès lors que la santé des hommes ou des animaux, les intérêts de l'agriculture ou l'intégrité des patrimoines sont atteints ou menacés par une tromperie commise dans une vente de marchandises, la fraude constitue un délit pénal et entraîne l'application de la loi répressive.

Si le principe de l'interprétation restrictive des lois pénales conduit à déclarer que la loi de 1905 ne doit jouer qu'en ce qui concerne les ventes de marchandises, il y a lieu de comprendre par ces termes toutes les ventes, aussi bien les ventes en gros que les ventes au détail et que les fabrications en vue de la vente. La loi de 1905 s'appliquera donc au marché à façon, et le fabricant tombera sous le coup de la loi pénale « lorsqu'il aura trompé ou tenté de tromper son contractant soit sur la nature¹, les qualités substantielles, la composition et la teneur en principes utiles de toutes marchandises, soit sur leurs espèces ou sur leur origine lorsque, d'après la convention ou les usages, la désignation de l'espèce ou de l'origine faussement attribuée

1. Cf. Crim. 16 novembre 1872, *Bull. Ch. crim.*, 1872, n° 275 ; Crim. 13 novembre 1875, *Bull. Ch. crim.* 1875, n° 315 ; Trib. com. Marseille, 13 novembre 1923, *Rec. Marseille*, 1925.1.216 ; Trib. corr. Joigny, 26 octobre 1932, *G.P.*, 1932.2.956 ; Trib. corr. Seine, 5 mars 1931, *G.P.*, 1931.1.673.

aux marchandises devra être considérée comme la cause principale de la vente, soit sur la quantité des choses livrées ou sur leur identité par la livraison d'une marchandise autre que la chose déterminée qui a fait l'objet du contrat » (article 1).

Cette dernière hypothèse peut, malgré les apparences, se rencontrer dans le marché à façon au même titre que les deux premières, tromperies sur la nature ou sur l'origine du produit. Ce ne sera pas alors l'objet une fois achevé qui aura été déterminé puisque, lors de la conclusion du contrat, celui-ci n'existe pas encore, mais les matériaux que le fabricant devra fournir et ouvrir. Il en sera ainsi lorsque l'auteur de la commande aura été choisir chez le façonnier dans son magasin ou son atelier, la matière qui servira à la confection de l'ouvrage. Il y aura tromperie sur la marchandise si le fabricant n'emploie pas, pour son travail, ces fournitures déterminées.

L'entrepreneur sera également passible des peines édictées par la loi de 1905 « s'il falsifie des denrées servant à l'alimentation des hommes ou des animaux, des substances médicamenteuses, des boissons et des produits agricoles ou naturels destinés à être vendus ; s'il met en vente ou vend des produits falsifiés ou corrompus ou des produits propres à opérer cette falsification ; s'il se trouve sans motif légitime détenteur, en vue de la vente, de faux poids et mesures, de produits corrompus ou falsifiés, ou de produits propres à assurer cette falsification » (articles 3 et 4).

Mais pour que la loi de 1905 joue, il faut qu'il y ait eu fraude, c'est-à-dire intention de commettre le délit. L'erreur, de même que l'ignorance, est exclusive du dol pénal et la loi ne frappera ni le marchand qui, en livrant une marchandise différente de celle qu'il a promise, prend soin d'en avertir son acheteur¹, ni celui qui livre, par suite d'une circonstance indépendante de sa volonté, une marchandise ne répondant pas au type convenu dans le contrat.

Certains auteurs ont voulu admettre, en cette matière, des présomptions de fraude, des cas où le commerçant qui

1. Besançon, 12 décembre 1935, *G.P.*, 1936.1.95.

se trouve en fait ne pas avoir livré ce que son acheteur croyait recevoir, ne peut pas exciper de sa bonne foi : « A moins de circonstances exceptionnelles, écrit M. Labbé¹, celui qui vend un produit et annonce les propriétés de ce produit doit les avoir vérifiés. Il est en faute s'il ne les a pas vérifiés et il doit assumer la responsabilité pénale qui peut en résulter. Le marchand doit savoir ce qu'il vend : il est obligé par profession de s'assurer de l'état des produits qui font l'objet de son commerce et il est tenu, dans ce but, de procéder à toutes les vérifications nécessaires avant de les livrer au public. Il manque à la probité et à la loyauté professionnelle s'il n'accomplit pas cette vérification et il trompe l'acheteur qui, ayant cru à cet examen, lui a acheté de confiance ».

Cette affirmation est tout à fait fondée en ce qui concerne la responsabilité civile où une présomption de mauvaise foi est admise à l'encontre du marchand qui « est censé connaître les qualités et les défauts de la chose qu'il vend ». La jurisprudence donne même, à cette présomption, un caractère irréfragable lorsque le commerçant est en même temps celui qui a fabriqué l'objet qu'il aliène. Mais cette doctrine ne saurait être transposée, purement et simplement dans le domaine de la responsabilité pénale.

Le délit de la loi de 1905 n'est pas un délit contraven-tionnel, où l'élément volontaire importe peu et où le seul fait de violer une prohibition légale crée l'état délictueux, comme en matière de contrefaçon par exemple.

« Attendu, déclare la Cour de Paris dans un arrêt du 30 juillet 1914², que le façonnier qui a accepté la commande de pièces détachées destinées par leur réunion à constituer un objet qui est la contrefaçon d'un objet breveté, ne saurait alléguer sa bonne foi, fût-elle démontrée, et échapper à la responsabilité de ses actes, l'élément intentionnel étant indifférent au regard de l'action en contrefaçon, le façonnier-constructeur ayant le devoir de se renseigner et de se rendre compte si l'objet qui leur est demandé est

1. Cf. Roux, *Traité de la fraude dans la vente des marchandises*.

2. Paris, 30 juillet 1914, *La Loi*, 19 janvier 1921.

destiné ou non à la fabrication d'un appareil qui, fabriqué, sera la contrefaçon d'un appareil breveté; — Attendu en conséquence que le façonnier doit être condamné personnellement comme contrefacteur et ne saurait être admis à se faire garantir par le contrefacteur qui lui a fait la commande ».

Le délit de la loi de 1905 suppose une fraude, c'est-à-dire un élément intentionnel, et, à défaut de présomptions légales instituées dans le texte de la loi, il faudra rapporter la preuve de la mauvaise foi et de l'intention de commettre la tromperie.

Le dol pénal et le dol civil sont deux notions qui ne se recouvrent pas exactement : si le dol pénal constitue presque toujours un dol civil, le dol civil n'est pas dans tous les cas un dol pénal; et en particulier une présomption, même irréfragable, de mauvaise foi ne saurait établir la preuve d'une fraude pénale.

Toutefois l'intention frauduleuse étant un élément psychologique, l'existence d'une présomption de mauvaise foi au point de vue civil incitera le juge à admettre plus facilement le dol pénal, et il le fera notamment lorsque, sans preuve directe, les circonstances sont telles que le prévenu n'aura pas pu ne pas connaître les vices de la marchandise qu'il a livrée à l'acheteur.

La Chambre criminelle de la Cour de Cassation se prononce en ce sens dans un arrêt du 23 novembre 1934¹ : « Attendu qu'en matière de tromperie sur la teneur en principes utiles de la marchandise vendue, si le fait que le vendeur a négligé de vérifier la pureté de la marchandise ne saurait à lui seul créer à l'encontre de celui-ci une présomption de mauvaise foi, les juges du fond peuvent, lorsque d'autres circonstances tendent à établir la mauvaise foi, faire état du défaut de vérification pour déclarer l'existence de l'élément intentionnel ».

La même doctrine se retrouve dans un arrêt de la Cour de Paris² qui a condamné pour fraude le concessionnaire en France d'une maison de conserves hollandaises « consi-

1. Ch. crim., 23 novembre 1934, *G.P.*, 1934.1.955.

2. Paris, 3 juillet 1914, *Gaz. Trib.*, 30 septembre 1914.

dérant en fait que T. est l'importateur direct en France de la maison hollandaise ; qu'il avait, comme tel, le devoir de s'assurer de la qualité et de l'innocuité des produits importés ; considérant au surplus que T. avait été poursuivi antérieurement pour fraude alimentaire à l'occasion de la mise en vente de conserves provenant de la même maison, que s'il a bénéficié d'une ordonnance de non-lieu, il a su que plusieurs des boîtes saisies contenaient plus de 1,75 % d'acide borique... qu'en conséquence il ne saurait donc exciper de sa bonne foi ».

Le fait que celui qui aliène la chose est en même temps son auteur, et que par suite il est censé connaître les propriétés de cette chose, n'entraîne donc pas, par lui-même, une présomption de fraude au point de vue de la loi répressive. Il contribue seulement à en faciliter la preuve, dès lors qu'à cette mauvaise foi viennent s'ajouter des ruses, des manœuvres, des allégations mensongères ou même de simples réticences de nature à induire en erreur l'autre partie et à la déterminer à contracter ou qu'il résulte des circonstances que le vendeur fabricant a eu l'intention de tromper son client.

L'application de la loi de 1905 sur les fraudes au marché à façon entraîne celle de toutes les lois qui ont modifié ou complété ses dispositions originaires, et, d'une façon générale, de toutes les lois qui se sont efforcées d'introduire des éléments de moralité et de probité dans les fabrications et dans les ventes¹.

§ 3. — *Obligations de recevoir et de payer le prix*

De même qu'à l'obligation de faire contractée par le débiteur correspondait un certain devoir du créancier de fournir les éléments de collaboration nécessaires à la conduite du travail, de même à l'obligation de délivrer et de garantie imposée par le marché à façon à l'entrepreneur correspondant, chez le maître de l'ouvrage, les obligations de recevoir la chose et d'en payer le prix convenu.

1. Cf. Crim. 5 février 1869, S. 1869.1.487 ; Paris, 21 janvier 1936, G.P., 1936.1.636.

Ayant terminé l'étude de l'obligation de donner qui incombe au fabricant, il nous faut maintenant étudier la contre-partie de cette obligation en ce qui concerne l'auteur de la commande.

A. Obligation de recevoir. — Retirement.

Une première obligation imposée à l'auteur de la commande, une fois la chose achevée, est d'en prendre livraison : c'est le simple corollaire de l'obligation de délivrance qui pèse sur le fabricant.

Cette obligation de retraitement est particulièrement impérieuse dans le domaine du marché à façon. En effet le plus souvent, il s'agira alors d'un objet fabriqué par l'entrepreneur selon des directives particulières du maître de l'ouvrage. « En raison même de son caractère propre, l'objet présentera un intérêt très minime pour les tiers, et il en résulte qu'un refus de la part de l'auteur de la commande de recevoir la chose causera un préjudice plus grand au fabricant de la chose que le refus d'une livraison quelconque par un acheteur ne le cause en général pour le vendeur »¹.

Lorsqu'il s'agit d'un ouvrage usuel ou d'une marchandise courante, le vendeur trouve avec assez de facilité un autre acquéreur pour « remplacer » l'acheteur primitif défaillant. Lorsqu'il s'agit de la confection d'une chose non fongible, par exemple de la construction d'une machine d'après les plans spéciaux de celui qui en a fait la commande, le fabricant pourra au contraire être difficilement en mesure, sinon dans l'impossibilité, de trouver un nouvel acquéreur.

Il faut donc s'efforcer de limiter, dans les commandes de cette sorte, les hypothèses où le maître de l'ouvrage pourra refuser la livraison, et en particulier nous avons vu² qu'il convenait, lorsque l'ouvrage est entaché de défauts, d'obliger l'auteur de la commande à demander la réparation de ces défauts avant d'exercer les actions rédhibitoire et *quantum minoris* de l'article 1644 ; si la réfection du vice est

1. Almen, *Das skandinavische Kaufrecht*, t. I, p. 57.

2. Cf. *supra*, p. 134 et suiv.

possible, et si elle n'entraîne pas des frais ou inconvénients considérables, l'obligation d'y recourir, avant de solliciter la résolution du marché, permettra, dans nombre de cas, d'éviter cette mesure extrême.

Si c'est une obligation pour l'entrepreneur de livrer la chose une fois faite, c'est aussi un droit pour lui d'effectuer la livraison en vertu du droit accordé par le Code à toute personne de se libérer à l'époque convenue.

A défaut d'exécution volontaire de la part de son contractant, le fabricant peut recourir à la procédure des offres réelles et de la consignation, conformément aux articles 1257 et suiv. : il lui est d'autre part loisible de poursuivre la résolution du contrat pour inexécution, conformément à l'article 1184 : dans l'un et l'autre cas, il peut éventuellement demander la réparation du préjudice que lui cause le retard ou le refus de retirement.

En accord avec les principes généraux du droit, l'auteur de la commande sera exonéré de toute responsabilité s'il prouve que le retard ou le défaut de prise de livraison est dû à un événement qui a constitué un obstacle insurmontable et qu'il n'était pas tenu de prévoir lors de la conclusion du contrat.

On peut se demander si les dispositions de l'article 1657 s'appliquent en notre matière et si, « en matière de vente de denrées et d'effets mobiliers, la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans sommation au profit du vendeur après l'expiration du terme convenu pour le retirement ».

Ce texte a été inséré dans le Code civil pour les ventes de choses périssables où la moindre perte de temps risque d'entraîner, par suite de l'altération souvent rapide de cette sorte de marchandises, l'impossibilité de les revendre à une autre personne. Il semble bien que cet article doit jouer dans le domaine du marché à façon, de même qu'il peut s'appliquer chaque fois que les divers éléments qui ont justifié l'insertion de cette règle dans le Code civil se trouvent réunis¹.

C'est ainsi que la Cour de Rennes, le 11 juin 1930², a

1. Cf. Trib. com. Fécamp, 1^{er} juillet 1931, *G.P.*, 1931.2.620.

2. Rennes, 11 juin 1930, *Rec. Rennes*, 1930.499.

déclaré en faute « l'acheteur qui, ayant stipulé devoir « donner ses destinations » pour une date déterminée ne les envoie à son vendeur que le lendemain en fin de journée par télégramme. Le défaut d'indication de destination équivaut au non retraitement de la marchandise et emporte résiliation du contrat aux torts de l'acheteur par application de l'article 1657 ».

Mais ce droit absolu, accordé au vendeur par l'article 1657, d'opposer la résiliation du marché à son acheteur, sans aucune mise en demeure peut même parfois devenir une obligation en vertu du principe que les parties doivent toujours réduire dans la mesure du possible le montant des dommages et intérêts dus. En application de cette règle, la Cour de Rennes a jugé le 22 janvier 1930¹ que « le vendeur assigné en résiliation n'est plus tenu de conserver la marchandise, qu'il est même imprévoyant en ne s'en débarrassant pas alors que les cours s'effondrent et que, en conséquence, la différence des cours doit être calculée non au jour de la revente, mais à celui de l'assignation ».

Si on admet l'intervention de l'article 1657 en matière de marché à façon, il faut également consacrer l'obligation du fabricant de remplacer son client lorsque celui-ci n'a pas retiré les marchandises à l'expiration du délai fixé : mais on doit reconnaître que les caractères spéciaux et particuliers de l'objet de la commande rendront souvent le remplacement assez délicat, sinon impossible.

Pour que l'article 1657 puisse jouer, il faut que ce ne soit pas par le fait du fabricant que le retraitement n'ait pas été effectué à l'époque convenue². « Attendu, déclare la Cour de Cassation dans un arrêt du 13 avril 1929³, que l'obligation pour l'acheteur de retirer les objets vendus implique que le vendeur a préalablement rempli l'obligation qui lui est imposée à lui-même par les articles 1603 et suiv. de délivrer les objets au lieu convenu et dans les conditions prévues au contrat; qu'à défaut par le vendeur d'avoir

1. Rennes, 22 janvier 1930, *Rec. Rennes*, 1930.120.

2. Cf. Nîmes, 2 décembre 1929, *Mon. Jur. Midi*, 1930, p. 56.

3. Civ. 13 avril 1929, D.H. 1929.265.

satisfait à cette obligation, l'article 1657 n'est pas applicable ».

Le retirement des marchandises n'implique pas que celles-ci seront par le fait même reçues et agréées par l'auteur de la commande. Celui-ci peut les vérifier : ce n'est que s'il garde le silence et s'il ne réclame pas à raison des défectuosités qu'il découvre que la livraison sera réputée acceptée¹.

Nous avons déjà mentionné à propos de l'obligation de garantie² la nécessité pour l'acheteur de procéder, dans un bref délai³, à des vérifications lors de la délivrance et de formuler immédiatement les réserves qu'il juge opportunes.

La jurisprudence est, à cet égard, formelle : « Il appartient, déclare la Cour de Rouen⁴, à l'acheteur qui entend refuser une marchandise pour défaut de qualité de provoquer à cette fin, et dans un bref délai une expertise à laquelle il ne saurait être suppléé par une enquête impropre à fournir des éléments d'appréciations présentant sécurité et précision ».

« La cliente, stipule un jugement du Tribunal civil de la Seine⁵, qui, s'étant bornée, immédiatement après la livraison d'un manteau par une couturière, à critiquer les prix qui lui étaient facturés, a conservé ledit manteau pendant douze jours et l'a ensuite renvoyé à la couturière après avoir décousu elle-même la doublure, s'interdit toute possibilité de refuser le manteau dont il s'agit ».

Si la prise de possession de la chose ou le paiement d'un acompte ne rendent pas, en principe, l'acheteur irrecevable à contester la qualité et la conformité de la marchandise, il en est autrement lorsque les marchandises⁵ « en entrant sans formalités » dans l'entrepôt de l'acheteur, ont perdu leur identité, ou lorsque l'acheteur a disposé d'une partie d'entre elles.

1. Cf. Req. 24 juin 1929, *G.P.*, 1929.2.506, Rennes, 23 juillet 1930, *Rec. Rennes*, 1930.562 ; Poitiers, 3 avril 1935, *S.* 1935.2.116.

2. Cf. *supra*, p. 121.

3. Rouen, 27 janvier 1928 ; *Rec. Havre* 1928.2.109.

4. Trib. civ. Seine, 20 février 1924, *G.P.*, 1924.1.598.

5. Cf. Aix, 3 janvier 1931, *D.* 1931.2.176.

Des difficultés risquent de se présenter au cas où l'examen et la vérification des marchandises ne peuvent se faire sans dommage. Si par exemple on suppose la commande par un importateur de boîtes de conserves à un fabricant étranger, il est impossible que le destinataire vérifie une à une toutes les boîtes livrées ; la vérification est alors une question de fait soumise à l'appréciation des tribunaux : elle pourra être considérée comme opérée si l'importateur a vérifié au hasard quelques unes des boîtes.

Lorsque, à la suite de vérifications faites ou même dès auparavant, l'auteur de la commande entend refuser la livraison, il existe à sa charge une obligation de prendre possession de la chose et de la conserver. Il ne doit pas être autorisé à renvoyer au fabricant la marchandise contestée mais au contraire, au moins momentanément, être obligé de garder la chose et de veiller à sa conservation.

La question se pose en pratique si la marchandise, objet du marché, doit être expédiée par l'entrepreneur à l'auteur de la commande. La bonne foi qui doit régner dans les contrats veut que le destinataire reçoive la marchandise et prévienne l'expéditeur des vices qui entachent la livraison ou de son intention de refuser l'ouvrage commandé ; il paraît difficile d'admettre la possibilité pour l'auteur de la commande de renvoyer la marchandise contestée tant que le fabricant n'a pas été informé de la contestation et n'a pas eu la possibilité d'en disposer différemment. Le renvoi immédiat à l'expéditeur ne ferait que multiplier des frais parfois élevés, ce qui n'est nullement conforme aux intérêts des parties. Il constituerait du reste une atteinte au principe de notre droit que nul ne peut se faire justice à soi-même.

Le Code civil déclare dans l'article 1184, que, dans le cas où l'une des parties ne satisfait point à son engagement, le contrat n'est pas résolu de plein droit, la résolution doit être demandée à la justice.

Sans doute, les parties peuvent-elles convenir que la marchandise contestée sera retournée au fabricant pour que celui-ci effectue éventuellement les réparations ou les

expertises nécessaires. Ainsi la Cour de Poitiers¹ a jugé que « l'indication dans un contrat de vente que les marchandises vendues doivent provenir du rayon du vendeur donne à celui-ci le droit de faire revenir les marchandises lorsqu'elles sont refusées par l'acheteur pour qu'il soit procédé au pays d'origine à l'expertise nécessitée par le refus de l'acheteur ; et que dès lors les frais de retour des marchandises devaient être mis à la charge de l'acheteur dont le refus est injustifié ».

Mais, à défaut de clause dans le contrat prévoyant la réparation de l'ouvrage, le renvoi de la marchandise au fabricant n'est le plus souvent à l'heure actuelle qu'une demande tacite de résolution du marché.

Le fait par le fabricant de reprendre la chose vendue que l'acheteur lui retourne n'implique pas qu'il entend résoudre le contrat. Il s'agit là d'un pur fait matériel et la conduite du fabricant peut s'expliquer par ce qu'il veut s'assurer de l'état vendable de la chose ou par son désir de la mettre au point si elle est défectueuse. C'est donc à l'acheteur de prouver que la reprise s'explique uniquement par une intention de résolution. La Cour de Colmar, le 12 février 1934², a eu l'occasion de se prononcer en ce sens : « une personne qui a reçu une machine commandée par elle et qui la fait reprendre par son vendeur, alléguant son non-fonctionnement, ne peut pas prétendre qu'en reprenant cette machine, le vendeur a tacitement accepté la résiliation du contrat alors surtout qu'il est établi que le vendeur a constaté que la mauvaise marche de la machine venait de l'inexpérience du client et d'un manque d'entretien de sa part ».

A défaut d'accord amiable et d'entente entre les parties, les tribunaux doivent intervenir, ne serait-ce que pour s'assurer que l'exécution est à ce point défectueuse que « la chose est devenue impropre à l'usage auquel elle était destinée ou que l'usage de cette chose en est tellement diminué que l'acheteur ne l'aurait pas acquise ou n'en aurait donné qu'un moindre prix s'il avait connu l'exis-

1. Poitiers, 28 avril 1932, S. 1932.2.238.

2. Colmar, 12 février 1934, *Rev. Als. Lorr.*, 1934.538.

tence de ces défauts », c'est-à-dire pour déterminer au fond si l'exercice de l'action en résolution est justifié.

L'obligation de prendre possession de la chose et celle de la conserver, n'est réglée législativement qu'en Allemagne, en Autriche, au Japon, en Suisse et dans les Pays Scandinaves; elle est reconnue par la jurisprudence en Angleterre, en Amérique et en Italie.

L'Allemagne, l'Autriche, le Japon et la Suisse limitent l'obligation de conserver aux marchandises expédiées au destinataire qui habite un lieu différent de celui où la fabrication a été faite, et l'article 379 H.G.B. impose au destinataire l'obligation de faire vendre les marchandises pour le compte du fabricant lorsque celles-ci sont sujettes à déperissement ou lorsqu'il y a péril en la demeure.

La loi scandinave de 1905 (articles 55 et 56) oblige également le destinataire à prendre soin de la chose pour le compte du vendeur et aux frais de celui-ci lorsque cette chose est arrivée en sa possession. Au cas où la chose est expédiée et s'il ne se trouve pas au lieu de destination, à défaut du vendeur, une personne qui soit en mesure de recevoir la chose pour le compte de celui-ci, l'auteur de la commande a l'obligation de retirer la marchandise lorsque cela est possible sans paiement du prix et sans frais ou inconvénients appréciables : il doit alors veiller à la conservation de la chose et, si les réclamations sont justifiées, être indemnisé de tous les frais qu'il aura pu faire pour le compte du vendeur.

Le Projet de loi internationale sur la vente se prononce dans le même sens (articles 93 et suiv.) : « quand la chose vendue a été reçue par l'acheteur, il incombe à celui-ci, au cas où il voudrait la refuser, d'en assurer la conservation pour le compte du vendeur ; il a le droit de la retenir jusqu'à ce qu'il soit indemnisé par le vendeur des frais de conservation par lui faits.

Lorsque la chose expédiée à l'acheteur a été mise à sa disposition au lieu de destination, l'acheteur est tenu, s'il veut la refuser, d'en prendre possession pour le compte du vendeur, pourvu que cela puisse être fait sans paiement du prix et sans inconvénients ni frais appréciables. Cette

disposition n'est pas applicable au cas où le vendeur est présent au lieu de destination ou lorsqu'il existe en ce lieu une personne ayant qualité pour prendre en charge la chose vendue ».

Le projet envisage aussi la possibilité pour la partie à qui incombe la conservation de la chose, de la déposer dans les magasins d'un tiers ou de la vendre après sommation préalable, cette dernière faculté devenant un devoir lorsque la chose est sujette à une perte ou une détérioration rapide ou lorsque sa garde entraîne des frais trop élevés. —

B. *Obligation de payer le prix.*

L'article 1582 déclare que « la vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose et l'autre à la payer ». Cette définition est valable pour le marché à façon, sous la réserve déjà vue que le vendeur a dans ce contrat, en plus de son obligation de livrer, celle de fabriquer la chose qu'il aliène, et il convient après avoir examiné les questions soulevées par ces deux obligations de faire et de donner, de résoudre les problèmes suscités par l'exécution de l'obligation imposée à l'auteur de la commande de payer le prix ; nous rechercherons notamment si, malgré le défaut de fixation du prix, lors de la conclusion du contrat, le marché à façon peut juridiquement valoir, quelle est la durée de prescription du prix, et enfin quelles sont les garanties dont dispose le fabricant contre l'éventualité d'un défaut de paiement.

Le prix sera le plus souvent fixé lors de la conclusion du contrat et déterminé, conformément à l'article 1591, par les parties elles-mêmes ; l'auteur de la commande devra alors payer au fabricant l'intégralité de la rémunération promise, même si le montant de celle-ci est exagéré par rapport à la valeur des matériaux et du travail fournis. Lorsqu'aucun prix n'a été stipulé lors de l'échange des consentements mais qu'à ce moment les parties ont fixé les éléments propres à le déterminer ultérieurement, la vente est valable. « La détermination, écrit Planiol¹, est

1. Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. XI, p. 30.

effectuée dès que l'accord est réalisé sur les éléments du prix, même s'il n'est pas encore possible d'évaluer en argent ces éléments : il suffit que le prix puisse être plus tard déterminé par une simple opération ou par une série d'opérations arithmétiques sans aucun arbitraire d'appréciation »¹.

La Cour de Douai, le 19 octobre 1933², a jugé en ce sens que, dans une vente de marchandises, le prix fixé au cours du jour s'entend du prix normal pratiqué sur place pour les mêmes articles par les négociants d'une région et non du cours pratiqué sans préférence par un négociant dans les ventes à sa clientèle personnelle³.

Lorsque, ce qui est fréquent, aucun prix n'a été fixé dans le marché et qu'aucune précision n'a été donnée dans la convention sur la manière de le déterminer, les conventions devant être interprétées *magis ut valeant quam ut pereant*, quel est alors le prix que doit payer l'auteur de la commande ? Deux systèmes sont concevables à cet égard : ou bien la rémunération due sera celle que l'entrepreneur fixera le jour de la livraison, le silence de la convention peut en effet s'interpréter comme l'acceptation tacite et préalable par le client de ce prix ; ou bien le prix à verser sera le prix raisonnable ordinairement pratiqué sur la place pour ce genre de chose, l'auteur de la commande étant censé s'être implicitement engagé selon les tarifs de prix en usage.

Le premier système est préconisé par la loi suédoise dans son article 5 : « Si lors de la vente, le prix n'a pas été fixé, l'acheteur doit payer au vendeur le prix que celui-ci lui réclame lorsque ce prix n'est pas exagéré ».

Le Projet de loi internationale sur la vente s'en rapproche lorsqu'il déclare dans son article 64 : « Lorsque la vente est conclue sans que le prix ait été fixé, l'acheteur est tenu de payer le prix demandé par le vendeur. Toutefois si l'ache-

1. Cf. en ce sens, Besançon, 2 décembre 1927, D. 1928.2.186.

2. Douai, 19 octobre 1933, S. 1934.2.139.

3. Cf. sur possibilité de laisser à la charge de l'acheteur toute augmentation des droits de douane ou de relever le prix des marchandises. — Trib. com. Havre, 28 novembre 1928, *Rec. Havre*, 1930.1.11 ; Trib. com. Marseille, 29 décembre 1930, *Rec. Marseille*, 1931.1.30 ; Civ. 19 octobre 1931, D.H. 1931.537.

teur démontre que le prix est exagéré, il doit payer le prix habituellement pratiqué par le vendeur, ou à défaut par le vendeur d'établir ce prix, un prix raisonnable apprécié si possible d'après les prix généralement pratiqués ».

Le système du prix raisonnable, consacré notamment par l'Angleterre, les Etats-Unis et la Suisse est préférable : c'est celui qui est adopté en France. La personne qui a fait une commande ferme mais sans indication de prix, est présumée avoir conclu son marché au cours moyen du jour et du lieu de l'exécution ¹.

C'est en ce sens qu'il faut interpréter l'hypothèse envisagée par Pothier de « vente au prix que vaut la chose » :

« C'est une manière de vendre fort usitée dans notre province d'Orléanais, écrit-il ², que de vendre le vin de la récolte au prix que les voisins vendront la leur. Le contrat est valable, car le prix quoique incertain lors du contrat, deviendra certain par la vente que feront les voisins ; et il n'en sera pas moins certain, quoique les voisins vendent à différents prix, car les parties seront censées être convenu du prix mitoyen entre ces différents prix ».

Il faut reconnaître que dans le domaine du marché à façon où il s'agit le plus souvent de la fabrication de choses non usuelles, la détermination de ce « prix que vaut la chose » peut être assez difficile en l'absence de tarifs généralement pratiqués ou de cours préétablis : il y a lieu, au cas de contestations, de s'en remettre à l'estimation d'experts ou à l'appréciation des tribunaux.

L'article 479 C.O. polonais donne au sujet de cette fixation du prix raisonnable des directives précises : « Lorsque le montant de la rémunération n'a pas été fixé par le contrat, il doit correspondre à la valeur du travail et aux dépenses de l'entrepreneur ».

Conformément à l'article 1651, l'auteur de la commande doit payer si rien n'a été réglé à cet égard lors de la conclusion du contrat, au lieu et dans le temps où doit se faire la délivrance.

1. Cf. toutefois en sens contraire Trib. com. Nantes, 5 mars 1920, *Rec. Nantes*, 1920.1.199.

2. Pothier, *Traité de la vente*, § 26, t. III, p. 10.

La question se pose alors de savoir, lorsque la chose payable au comptant n'est pas payée à l'époque de la livraison, ou lorsque le délai prévu est échu sans que le prix soit payé, par quel délai se prescrit la créance du prix. Une difficulté naît du conflit qui existe en matière de marché à façon, entre les deux articles 2271 et 2272 du Code civil.

L'article 2272 déclare que « l'action des marchands pour les marchandises qu'ils vendent aux particuliers non marchands se prescrit par deux ans ».

Mais on peut se demander si en notre matière, on ne pourrait pas faire appel à l'article 2271 et déclarer que la prescription de six mois prévue par cet article pour le paiement des journées, fournitures et salaires des ouvriers et gens de travail est aussi celle qui doit jouer pour les entrepreneurs d'ouvrage qui fournissent à la fois les matériaux et leur industrie.

Il paraît normal d'étendre cette disposition de l'article 2271 aux entrepreneurs qui ont la condition sociale d'ouvriers et de gens de travail : ces deux notions ne sont du reste pas incompatibles et la jurisprudence éprouve, conformément au Code civil qui désigne fréquemment les petits entrepreneurs sous le nom d'ouvriers, une certaine tendance à les confondre.

L'application de la prescription de l'article 2271 deviendra alors une simple question de fait : tout dépendra du point de savoir si l'entrepreneur a la condition sociale d'ouvrier ou celle de patron.

« Attendu, lit-on dans un arrêt de la Cour d'Amiens¹, qu'il s'agissait en l'espèce de travaux et de fournitures de maréchalerie et de serrurerie ; attendu que l'intimée prétend que son mari n'était pas un ouvrier mais un entrepreneur dans ses rapports avec l'appelant, mais qu'il est impossible d'attribuer à C. cette qualité, qu'en effet il n'est pas allégué qu'il est intervenu soit un forfait soit même un marché quelconque entre lui et l'appelant, qu'en fait il a travaillé pour l'appelant pendant plusieurs années au fur et à mesure des besoins de celui-ci ; que C. ne pouvait prétendre à la

1. Amiens, 27 octobre 1886, D. 1887.2.156.

qualité d'entrepreneur ; qu'en l'absence d'un marché, il n'y a pas lieu d'examiner si l'importance de travaux faits leur donne le caractère d'une entreprise plutôt que celui de travaux exécutés par un ouvrier ; que par suite la prescription de l'article 2271 est applicable ».

De même dans un arrêt de la Cour de Cassation en date du 22 février 1911¹ : « attendu qu'en l'état des constatations relatives au caractère des travaux et à leur exécution par T. seul, le jugement attaqué a pu apprécier que celui-ci ne devait pas être considéré comme un entrepreneur mais comme un simple ouvrier et que dès lors en déduire, en l'absence de tout forfait ou de prix convenu entre les parties, que T. était soumis à la prescription de l'article 2271 ».

La prescription de six mois de l'article 2271 est donc inapplicable en principe aux entrepreneurs et ce sera au demandeur qui invoque le bénéfice de cette faveur, l'exception de prescription, qu'il appartiendra de prouver que les travaux et fournitures ont été faits par un ouvrier et non par un entrepreneur.

Un arrêt de la Chambre civile en date du 19 juillet 1882² donne des précisions sur ce qu'il faut entendre par entrepreneur : « Attendu que l'entrepreneur ne perd pas sa qualité lorsque le travail dont il s'est chargé n'a pas eu lieu à prix fait ou qu'il consiste seulement en menus ouvrages ; qu'en effet si l'ouvrier ne devient entrepreneur d'après l'article 1799 qu'autant qu'il y a eu de sa part devis ou marché préalable, il n'en résulte pas que l'entrepreneur de profession qui a traité avec un tiers sans devis ni prix convenu à l'avance doive par là même être considéré comme ouvrier.

« Attendu d'autre part qu'il n'y a pas lieu d'avoir égard au plus ou moins d'importance du marché pour décider s'il a été ou n'a pas été fait à l'entreprise ; attendu que la loi ne prend en considération dans l'article 1799 que le mode de la convention et non la valeur des travaux ou fournitures... »³.

1. Req. 22 février 1911, S. 1911.1.399.

2. Civ. 19 juillet 1882, D. 1886.1.308.

3. Cf. en ce qui concerne les intérêts de la distinction pour les « assurances obligatoires » et l'application de la loi de 1898 sur les accidents du travail. Trib. civ. Saint-Etienne, 21 décembre 1911, *G.P.*, 1912.1.46 ; Trib. civ. Bordeaux, 19 février 1901, S. 1904.2.145.

L'étendue et la durée de cette obligation imposée à l'auteur de la commande de payer le prix ainsi déterminées, il convient de rechercher quelles sont les garanties que la loi accorde au fabricant contre l'éventualité d'un défaut de paiement. Dans quelle mesure le façonnier sera-t-il protégé et notamment dans quelles conditions peut-il exercer, si toutefois il le peut, la garantie de paiement que le Code civil accorde au vendeur de meuble ?

En dehors de l'*exceptio non adimpleti contractus*, expression du principe de l'exécution trait pour trait et simultanée des obligations, qui lui permet, à condition toutefois que le contrat ne stipule aucun délai pour le paiement du prix, de suspendre la délivrance de l'ouvrage tant que l'auteur de la commande n'offre pas la rémunération convenue¹, le fabricant peut-il bénéficier du droit de rétention et du privilège de l'article 2102 ?

Une réponse affirmative s'impose. L'article 1613 stipule que « le vendeur ne sera pas obligé à la délivrance quand même il aurait accordé un délai pour le paiement si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en faillite ou en état de déconfiture, en sorte que le vendeur se trouve en danger imminent de perdre le prix, à moins que l'acheteur ne lui donne caution de payer au terme ».

Ce texte n'est au titre de la vente que l'application du principe général exprimé dans l'article 1188 : « le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite ou lorsque, par son fait, il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier ».

Il y a donc lieu, dans le domaine du marché à façon, d'admettre au bénéfice du fabricant le droit de rétention de l'article 1613 et la possibilité de l'opposer à la masse des créanciers en cas de faillite de l'auteur de la commande².

C'est du reste en ce sens que se prononcent les articles 39 et 40 de la loi suédoise : lorsqu'un délai a été accordé pour

1. Cf. Paris, 29 novembre 1928, D. 1930.2.84 ; Rennes, 28 février 1931, Rec. Rennes, 1931.313 ; Rennes, 22 avril 1931, Rec. Rennes, 1931.446 ; Trib. com. Havre, 28 mai 1934, Rec. Havre, 1934.1.246.

2. Cf. sur domaine d'application du droit de rétention, Civ. 2 juillet 1924, D. 1926.1.95.

le paiement du prix et que l'acheteur tombe en faillite après la conclusion de la vente, le vendeur est autorisé à retenir la chose jusqu'à ce que des garanties suffisantes lui soient offertes pour le paiement du prix, ou s'il a envoyé la chose et qu'elle ne soit pas encore en la possession de l'acheteur, d'en refuser la délivrance.

Si l'acheteur est tombé en faillite avant l'époque où la chose doit être livrée et le prix payé, le vendeur peut demander à la masse si elle veut prendre la vente à son compte et, si une réponse ne lui est pas donnée dans un bref délai, il peut résilier le contrat.

Si on accorde au fabricant le droit de rétention de l'article 1613, il doit en être de même en ce qui concerne le privilège accordé par l'article 2102, 4^o au vendeur de meubles : « les créances privilégiées sur certains meubles sont ... 4^o le prix d'effets mobiliers non payés s'ils sont encore en la possession du débiteur, soit qu'il ait acheté à terme ou sans terme... »¹.

L'application du privilège du vendeur au fabricant nous paraît logique : en l'espèce en effet il n'y a pas eu simple amélioration de la chose, auquel cas malgré l'augmentation d'utilité ou de valeur de la chose, le privilège ne saurait exister : quelque puissants que puissent être les motifs qui militent en faveur de l'opinion contraire, la solution restrictive s'impose pour la raison péremptoire que les privilèges sont de droit étroit et ne peuvent recevoir aucune extension d'un cas à un autre. C'est donc à juste titre que la jurisprudence se refuse à accorder le bénéfice de l'article 2102, 4^o à l'ouvrier qui a réparé ou façonné avec les matériaux d'autrui, des choses mobilières et qu'elle se contente de leur attribuer un simple droit de rétention sur la chose qu'ils ont fabriquée tant qu'ils en restent saisis. Mais en notre matière où le fabricant fournit à la fois son industrie et la matière nécessaire à la confection de l'ouvrage, il doit en être autrement. Dans le marché à façon comme dans la vente, le patrimoine d'un acquéreur s'enrichit d'une chose nouvelle ; or c'est justement cette mise de la

1. Cf. Grenoble, 12 mars 1883, S. 1884.2.12 ; Req. 10 mars 1915, S. 1916.1.5.

chose dans le patrimoine du débiteur qui justifie l'existence du privilège et qui lui sert de fondement.

« Tant que le prix n'est pas payé, écrit Planiol¹, la vente augmente gratuitement le patrimoine de l'acheteur aux dépens du vendeur. Celui-ci s'est appauvri : il a aliéné son bien et n'a encore rien reçu en échange. Si les créanciers de l'acheteur pouvaient être payés sur le bien vendu sans que le vendeur fût désintéressé, ils s'enrichiraient à ses dépens. Dans la législation française qui admet le transfert immédiat de propriété, le privilège est nécessaire pour prévenir une iniquité ».

L'article 2102 va plus loin et consacre au profit du vendeur un véritable droit de revendication. « Si la vente a été faite sans terme, le vendeur peut même revendiquer ces effets pourvu que la revendication soit faite dans la huitaine de la livraison et que les effets se trouvent dans le même état dans lequel la livraison a été faite ».

Il convient d'accorder le bénéfice de ces dispositions à l'entrepreneur qui a fabriqué la chose.

Mais bien souvent ces garanties sont encore insuffisantes : en dehors de l'impossibilité de revendiquer l'ouvrage livré passé le délai de huitaine, et des causes d'extinction du privilège (aliénation de la chose par l'acquéreur, perte, transformation matérielle de la chose, faillite de l'acheteur), les exigences du commerce, et en particulier le développement croissant des opérations à crédit, ont augmenté les risques des fabricants de ne pas être payés et les ont invités à se créer des garanties supplémentaires contre l'éventualité d'un non-paiement ou d'une insolvabilité de leur débiteur.

Spécialement lorsque, dans le cas des ventes à tempérament, le vendeur fabricant a livré l'objet du contrat à son client, moyennant un prix global à verser par mensualités successives, il s'est efforcé au moyen de clauses diverses, de retarder le transfert de propriété de la chose jusqu'au jour du paiement intégral du prix.

Ces clauses sont en principe valables dans les rapports

1. Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. XII, p. 189.

des parties entre elles, mais leur effet est singulièrement compromis par ce fait qu'elles ne sont pas opposables à la masse dans le cas de faillite de l'auteur de la commande.

Le pacte de réserve de propriété ne peut guère se concevoir que si les créanciers du « propriétaire conditionnel » sont renseignés sur la situation exacte des biens qui constituent le patrimoine de ce dernier. Or si en France, il existe une publicité en ce qui concerne les privilèges et les hypothèques qui grèvent les immeubles, et si certains meubles importants par leur masse ou par leur valeur, rattachés à une base fixe et connue, peuvent, tels les navires, les aéronefs, le matériel agricole ou hôtelier... offrir, par leur stabilité et leur affectation mêmes, prise à une certaine publicité, celle-ci ne se conçoit pas, d'une façon générale, en matière mobilière. L'extrême mobilité et l'ordinaire modicité de valeur des meubles justifient le principe fondamental de notre droit que « les meubles n'ont pas de suite par hypothèques ».

La règle « en fait de meubles possession vaut titre », laisse supposer que tout ce qui est dans la demeure ou à la disposition d'une personne est sa propriété, et, en l'absence de toute publicité il est certain que le jeu d'une telle clause de réserve de propriété dans les marchés à façon, comme du reste plus généralement dans la plupart des contrats qui ont pour objet l'aliénation d'une chose, sera ordinairement dénuée d'efficacité : elle tombera en effet dans tous les cas, ou presque, où son existence s'avère utile ou nécessaire.

Cette question de la protection des fabricants et des vendeurs à crédit d'objets mobiliers a préoccupé le législateur, et devant l'inefficacité de la plupart des procédés jusqu'alors employés et qui ne protègent le vendeur ni contre la faillite de son client¹ ni contre la revente de l'objet, il a songé à établir au profit des vendeurs à tempérament des garanties spéciales.

Déjà la loi du 29 décembre 1934 sur la vente des véhicules ou tracteurs automobiles a créé au profit des vendeurs un

1. Cf. Civ. 22 octobre 1934, D. 1934.1.151 ; Civ. 3 mars 1935, *G.P.*, 1935.2.49 ; Civ. 1^{er} avril 1936, *G.P.*, 1936.1.746 ; Req. 25 juin 1936, *G.P.*, 1936.2.467.

droit de gage sans dépossession, plus exactement une véritable hypothèque mobilière soumise à une inscription sur un registre spécial ouvert dans toutes les préfectures (ce qui a soulevé les critiques les plus vives des juristes qui s'étonnent à juste titre qu'on attribue au vendeur le privilège du créancier gagiste à la place du sien propre).

Aujourd'hui, une commission législative¹, propose de modifier, à l'exemple de certains pays étrangers, l'article 550 du Code de commerce en établissant au profit du vendeur à crédit le droit d'opposer son privilège de vendeur impayé, nonobstant la faillite de son débiteur, lorsque la livraison des machines ou appareils destinés à l'exploitation commerciale ou industrielle du failli a été faite dans les trois années qui précèdent la déclaration de la faillite.

« S'il ne nous paraît pas désirable, écrit M. Percerou², de maintenir au delà de la livraison le privilège du vendeur sur les effets destinés à la revente, il en va autrement à l'égard des objets qui constituent entre les mains de l'acheteur des instruments d'exploitation durables. Le paiement de ces objets s'échelonne normalement sur d'assez longues périodes : il est utile pour favoriser la création des entreprises de donner aux vendeurs une garantie contre ce risque. D'autre part la possibilité du privilège est ici assez facile à réaliser, s'agissant ordinairement de machines importantes, identifiables aisément et attachées à demeure à un lieu bien fixe où peut se faire la publicité : le privilège ainsi entendu reste conforme aux principes généraux de spécialité et de publicité qui dominent les sûretés réelles ».

Sans doute, une telle modification dans la réglementation des ventes à crédit serait-elle utile et souhaitable ; mais son domaine d'application doit demeurer particulièrement restreint. Il semble que la solution d'avenir susceptible à la fois de protéger efficacement les crédits consentis par les vendeurs et de les maintenir dans des limites raisonnables consiste dans la vulgarisation de l'assurance-crédit. « Cette

1. Cf. *Bull. de la Soc. d'ét. légis.*, 1936.

2. Percerou, *La clause de réserve de propriété*, « *Ann. de dr. comm.* », 1931, p. 189 et suiv.

assurance, écrit M. Picard³, garantit soit l'insolvabilité définitive des clients du vendeur, soit le paiement des traites tirées par lui et représentant les acomptes dus par l'acquéreur, l'assuré conservant toujours à sa charge une partie de la dette (25 % en général). L'assurance-crédit constitue une garantie d'une qualité bien supérieure à toutes celles que les vendeurs peuvent obtenir : elle ne porte aucune atteinte à l'égalité des créanciers et surtout elle permet de faire une discrimination entre les ventes à crédit, en ce sens que les assurances n'accordent ou ne doivent accorder leur garantie qu'aux affaires saines et au profit de ventes qui ne présentent aucun caractère anormal ».

1. Picard, *Rapport de la commission des locations, ventes d'objets mobiliers*, « Bull. de la Soc. d'ét. législ. », 1936, p. 183 et suiv.

CHAPITRE III

EXTINCTION DU MARCHÉ A FAÇON

L'article 1234 du Code civil énumère les modes d'extinction des obligations : il faut donc se reporter à cet article et déclarer que les obligations créées par le marché à façon, contrat obéissant aux règles générales des conventions prendront fin lorsque l'une quelconque des causes prévues par l'article 1234 viendra à se produire.

L'exécution des prestations imposées aux parties par le contrat mise à part, nous avons vu, au cours de notre exposé, l'influence que pouvaient avoir la perte de la chose, la prescription, la nullité ou la résolution du marché sur les droits respectifs des contractants : nous n'y reviendrons pas ici¹.

Mais il convient de rechercher dans ce chapitre si le caractère particulier et la nature propre du marché à façon ne doivent pas entraîner des modes particuliers d'extinction, et si, à côté des hypothèses de l'article 1234, il n'est pas possible d'en admettre d'autres.

Indépendamment des causes générales d'extinction des conventions, les devis et marchés sont soumis par le Code civil à une réglementation spéciale : l'article 1794 déclare que « le maître peut résilier par sa simple volonté le marché à forfait quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans l'entre-

1. Cf. sur effets du silence prolongé de la part du vendeur, Paris, 23 mars 1934, *Gaz. Trib.*, 22 septembre 1934.

prise ». L'article 1795 par ailleurs stipule que « le contrat de louage d'ouvrage est dissous par la mort de l'ouvrier, de l'architecte ou de l'entrepreneur ».

La parenté étroite qui relie le marché à façon au contrat de louage d'ouvrage nous conduit à poser la question de savoir si ces deux dispositions des articles 1794 et 1795, sont applicables en notre matière ou si, au contraire, il n'y a pas lieu d'en faire abstraction et de s'en tenir purement et simplement aux termes du droit commun.

Nous envisagerons successivement l'effet de la mort de l'entrepreneur sur le marché à façon et la possibilité d'une résiliation par volonté unilatérale du maître, et nous consacrerons un dernier paragraphe à une application particulière de l'article 1184, la rupture anticipée de contrat.

§ 1. — *Mort de l'entrepreneur*

En principe la mort du débiteur ne met pas fin aux contrats que celui-ci a conclus. C'est une règle fondamentale de notre droit successoral que les héritiers ne sont pas seulement des successeurs aux biens, mais encore, tout au moins lorsqu'il s'agit des proches, des continuateurs de la personne du défunt.

Les cohéritiers — (et les articles 1009 et 1012 y assimilent à ce point de vue les légataires universels et à titre universel) — devront contribuer entre eux au paiement des dettes et charges de la succession, chacun dans la proportion de ce qu'il y prend. Recueillant le patrimoine du *de cuius*, les héritiers le reçoivent dans son entité, avec les charges qui le grèvent et, en particulier, ils seront tenus, par leur acceptation même, d'exécuter les contrats conclus par leur auteur.

L'article 1122 au titre des obligations conventionnelles en général le déclare expressément : « on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause ... ».

Mais dans certaines hypothèses, soit que le contrat soit sans intérêt pour les ayants cause de celui qui l'a conclu, soit qu'il soit devenu impossible à exécuter, la loi a renoncé à ce principe de la persistance du lien obligatoire et a

déclaré l'engagement résolu par la mort de celui qui l'avait contracté. Il en est ainsi pour les contrats de mandat ou de société (articles 2003 et 1865); c'est aussi le cas du contrat de louage d'ouvrage que l'article 1795 déclare dissous par la mort de l'ouvrier ou de l'entrepreneur.

Faut-il appliquer cet article 1795 à l'hypothèse où l'ouvrier fournit à la fois la matière et son industrie, au marché à façon ? La question est discutable.

Pour ceux qui considèrent qu'il y a là simple louage d'ouvrage, la solution n'offre aucune difficulté : les règles de ce contrat nommé s'appliquant, il n'y aura aucune raison de refuser ici l'application de l'article 1795. Il en est de même pour les partisans des systèmes mixtes, et notamment pour Aubry et Rau, qui considèrent le marché à façon comme un louage d'ouvrage tant que la chose n'a pas été livrée et reçue.

Au contraire si on voit dans le marché à façon une espèce de vente, la logique conduit à adopter une solution inverse. La vente étant parfaite par le seul consentement des parties, la mort du débiteur n'aura aucun effet sur le contrat ; les héritiers demeureront tenus d'exécuter le contrat.

Ces deux solutions sont par trop absolues et il faut rechercher la vérité dans un compromis. S'il est des cas où la mort de l'ouvrier doit résoudre le contrat, il en est d'autres où il faut repousser une telle conséquence parce qu'elle est contraire aux intérêts et à l'intention des contractants.

En notre matière, le décès du débiteur aura ordinairement une influence sur l'existence du contrat. Il ne faut pas oublier en effet que, si la vente consiste uniquement en une obligation de donner, le marché à façon comporte également une obligation de faire : il est normal que, pour l'exécution de cette obligation, la personne du débiteur ne soit pas totalement indifférente : en ce cas, et à plus forte raison lorsque le contrat a été conclu spécialement en considération de la personne de l'ouvrier, la mort de ce dernier doit entraîner la dissolution du marché.

Mais pour obtenir ce résultat, il n'est pas nécessaire de faire obligatoirement appel à l'article 1795, qui ne fait aucune distinction et présume le contrat d'ouvrage toujours

conclu *intuitu personae*. Certes dans toute convention, la considération de la personne du débiteur joue un certain rôle, et, spécialement en notre matière où intervient une obligation de faire, « la confiance aux talents, aux soins ou à la probité de l'ouvrier rentre toujours plus ou moins en ligne de compte lors de la conclusion du contrat »¹.

Mais cela ne doit pas entraîner dans tous les cas, par voie de conséquence nécessaire, la dissolution du marché lors du décès du débiteur ; et c'est en ce sens que se prononce un certain nombre de législations étrangères. « Le contrat d'entreprise, déclare l'article 497 du C.O. polonais, conclu dans la considération des qualités personnelles de l'entrepreneur est dissous par la mort de l'entrepreneur ou par la survenance chez celui-ci d'une incapacité de travail. L'entrepreneur ou ses héritiers peuvent en ce cas réclamer le remboursement du prix de la matière fournie et le paiement de la fraction de la rémunération correspondant aux travaux exécutés, dans la mesure où ces fournitures et travaux sont utiles au maître ».

Article 379 C.O. suisse : « Lorsque l'entrepreneur meurt ou devient, sans sa faute, incapable de terminer l'ouvrage, le contrat prend fin s'il avait été conclu en considération des aptitudes personnelles de l'entrepreneur ... ».

De même l'article 530 du projet franco-italien dispose : « le contrat d'entreprise est dissous par la mort de l'entrepreneur lorsqu'il a été conclu dans la considération principale de sa personne. Dans le cas contraire, le contrat n'est dissous que si les successeurs de l'entreprise n'offrent pas des garanties suffisantes pour la bonne exécution de l'ouvrage ».

En France, l'article 1122 du Code civil permet d'aboutir au même résultat : « On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la convention ».

Suivant les prévisions du marché et surtout selon la

1. Rapport Mouricault dans séance de 14 ventôse an XII au Tribunat, *Loché*, t. XIV, p. 443.

nature de la convention, les obligations du *de cuius* se transmettront ou non à ses héritiers, le contrat sera maintenu ou résolu.

Cette solution rationnelle, conforme aux règles générales du droit des contrats est d'ailleurs plus souple, encore qu'aussi efficace que celle de l'article 1795 : « il convient donc en notre matière d'écarter l'application de l'article 1795 et de s'en tenir aux termes plus larges du droit commun.

Lorsque le contrat est résolu à la suite de la mort de l'entrepreneur, il faut admettre, conformément aux dispositions de l'article 1796, que ses héritiers, propriétaires de l'objet ou de l'ouvrage achevé auront le droit, s'ils le désirent, d'obliger l'auteur de la commande à leur payer en proportion du prix porté à la convention, la valeur des ouvrages faits et celle des matériaux préparés lorsque ces travaux ou ces matériaux peuvent être utilisés. Le maître fera entrer en ligne de compte, pour apprécier cette utilité, la possibilité d'achever les travaux ; l'utilité de l'ébauche est nulle en effet si personne n'est capable de l'achever.

Par analogie il faudra décider que, lorsque les travaux n'ont pas été commencés, mais que les matériaux ont été achetés, leur prix doit en être remboursé aux héritiers dans la mesure où ils sont utiles au travail.

On peut s'étonner que, dans le titre des devis et marchés, le Code civil soit resté muet sur les conséquences de la mort du créancier sur le lien contractuel : outre que, dans la plupart des contrats, la personne du créancier importe moins que celle du débiteur, ce silence s'explique par la faculté accordée à l'auteur de la commande de résilier le marché par simple manifestation unilatérale de volonté, faculté que nous examinerons dans le paragraphe suivant.

§ 2. — *Résiliation unilatérale*

Consacré en matière de louage d'ouvrage par l'article 1794, le droit du maître de résilier le contrat par sa seule volonté constitue une véritable entorse au principe fondamental exprimé par l'article 1134, que les volontés des deux parties

doivent concourir aussi bien pour défaire un contrat que pour le conclure.

Si le Code civil a admis cette exception au droit commun pour le contrat d'entreprise, c'est pour ne pas imposer au maître dont la situation peut avoir changé, une dépense qui n'est plus utile, étant donnée sa situation actuelle ; c'est aussi et surtout parce que l'entrepreneur n'a plus en général aucun intérêt à exécuter l'ouvrage du moment qu'il gagne le profit espéré. Il peut cependant en être différemment lorsque l'entrepreneur est un chef d'entreprise : en ce cas en effet, il y a parfois pour lui intérêt à exécuter la commande à lui faite, de manière à conserver ses ouvriers qui seraient autrement sans travail.

Il n'y a pas lieu de refuser l'extension du domaine d'application de l'article 1794 au marché à façon¹.

L'objection invoquée à l'encontre de cette solution, objection tirée de ce fait que l'article 1794 a été écrit à propos du louage et non à propos de la vente n'a que fort peu de poids si on considère les divergences qui existent encore à l'heure actuelle sur la nature juridique véritable du marché à façon dans la doctrine et la jurisprudence.

A supposer même que le marché à façon pût être assimilé à un contrat de vente, il conviendrait d'appliquer encore les dispositions de l'article 1794 : « C'est une vente, écrit le jurisconsulte belge Laurent², et cela devrait être décisif ; mais cela ne l'est pas. C'est qu'il y a par la force des choses une différence entre le marché et la vente proprement dite : dans la vente, l'acheteur devient propriétaire de la chose du moment que le contrat est parfait ; dès lors on ne conçoit pas qu'il puisse résilier le contrat. Il n'en est pas ainsi dans le marché puisque l'ouvrage n'est pas encore commencé ou n'est pas terminé ». Commettant alors en quelque sorte une *inelegantia juris*, il se prononce, après avoir rattaché le marché à façon à la vente dans le sens de l'application de l'article 1794 à ce cas : « Ce droit jouera en conséquence quel que soit l'état d'achèvement des travaux jusqu'au jour

1. Cf. Poitiers, 12 février 1932, S. 1934.2.19 ; Trib. com. Seine, 15 mars 1932. Trib. com. 1933.101.

2. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. XXVI, p. 8.

où ils seront terminés et où le maître aura été mis en demeure d'en prendre livraison ».

La disposition de l'article 1794 étant exclusivement fondée sur des considérations personnelles à celui qui a commandé l'ouvrage et sur l'intérêt qu'il peut avoir à ne pas le faire achever, il n'y a par ailleurs aucun motif de distinguer entre les deux hypothèses envisagées par l'article 1787, selon que l'entrepreneur fournit ou non la matière. On ne voit pas pourquoi celui qui a traité avec un statuaire pour la confection d'une œuvre d'art ne serait pas autorisé à résilier le marché dans le cas où le marbre devrait être procuré par l'artiste alors qu'il en aurait incontestablement le droit s'il l'avait lui-même fourni.

« Attendu, déclare la Cour de Cassation ¹, cassant un arrêt de la Cour d'appel de Paris, que l'article 1787 porte qu'on peut convenir du travail seulement ou du travail et de la fourniture de la matière ; attendu que l'article 1794 dispose que le maître peut résilier par sa simple volonté... ; Attendu que ce texte ne fait aucune distinction entre les deux sortes de marchés et que les raisons qui en ont motivé les dispositions sont identiques, que l'ouvrier fournisse la matière de l'ouvrage et son travail ou qu'il ne fournisse que son travail ... ».

La Cour de renvoi, en l'espèce celle d'Orléans, appelée à statuer, a décidé le 7 juillet 1897 ² qu'« en s'obligeant à construire les machines, les appelants n'ont pas uniquement vendu la matière nécessaire pour la confection des machines, mais qu'ils ont engagé en même temps et surtout leur industrie, destinée à transformer la matière en un mécanisme puissant d'une valeur bien supérieure à la valeur des métaux dont leur art devait le tirer ; qu'en fournissant la matière et leur industrie à la fois, ils ont fait un des deux marchés définis par l'article 1787 ; — que l'article 1794, à raison de la généralité de sa rédaction, s'applique également à ces deux marchés ; qu'il importe peu que ce contrat ait été qualifié de vente ou de louage dès l'instant où on y

1. Civ. 5 janvier 1897, D. 1897.1.89.

2. Orléans, 7 juillet 1897, S. 1898.2.31.

rencontre les éléments des traités visés dans l'article 1787 ; — que l'article 1711 n'est pas en contradiction avec l'article 1794 ; — que chacun peut recevoir son exécution pour le cas qu'il prévoit et qu'on invoque en vain pour modifier la signification de l'article 1794 le droit ancien et les travaux préparatoires du Code ... ».

L'opinion contraire conduirait d'ailleurs à dire que la personne qui a traité avec un ouvrier chargé de fournir la matière est irrévocablement liée dès la conclusion du contrat et ne peut par conséquent plus le résilier, alors même que l'entrepreneur n'aurait pas encore acquis la matière première nécessaire à la confection. Il semble que ce soit là une solution difficilement admissible, dès lors que l'auteur de la commande abandonne à titre de dommages et intérêts à l'entrepreneur le profit que celui-ci aurait pu retirer de l'opération, et l'indemnise de tout le préjudice que la résolution du marché lui cause.

Il convient donc d'autoriser en notre hypothèse la résiliation du marché par manifestation unilatérale de volonté : mais les raisons mêmes qui justifient l'article 1794 apportent une limite au droit que cette disposition accorde au maître de l'ouvrage. Si l'ouvrage est achevé et si, dès lors, la propriété en a été transférée à l'auteur de la commande, il faut admettre que ce dernier ne pourra plus se prévaloir du droit que lui confère l'article 1794 : il y aura en réalité inexécution et l'article 1184 jouera.

Diverses législations étrangères consacrent ce point de vue : ainsi l'article 649 B.G.B. dispose que « l'auteur de la commande peut, jusqu'à l'achèvement de l'ouvrage, dénoncer le contrat à toute époque ... ». De même dans l'article 337 C.O. suisse : « Tant que l'ouvrage n'est pas terminé, le maître peut toujours se départir du contrat en payant le travail fait et en indemnisant complètement l'entrepreneur ».

Le Code des Obligations polonais est également en ce sens ; article 496 : « Tant que l'ouvrage n'est pas achevé, le maître peut toujours se désister du contrat en payant la rémunération convenue ; toutefois il peut déduire ce

que l'entrepreneur a épargné du fait de l'inexécution de l'ouvrage ».

Mais si la possibilité, dans le marché à façon, d'une résiliation par manifestation unilatérale de volonté est pleinement conforme aux intérêts des deux parties, l'auteur de la commande qui arrête un travail qui a cessé de lui plaire ou qu'il sait ne pas pouvoir accepter lorsqu'il sera terminé ne doit porter en rien préjudice à l'entrepreneur. Il lui faut en conséquence dédommager celui-ci de toutes ses dépenses, de tous ses travaux et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans l'entreprise.

Si le préjudice indirect (par exemple l'absence de publicité) qui résultera de la résiliation du marché ne doit pas être réparée, l'article 1151 limitant les dommages et intérêts à « ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention », il y a lieu de tenir compte, pour l'évaluation de l'indemnité due, du préjudice moral subi : « Attendu, déclare la Cour d'Aix ¹, que l'artiste ne saurait être assimilé à un vendeur d'une marchandise commerciale déterminée, corps certains *in genere* lequel peut exiger que l'acheteur soit tenu d'en prendre livraison ; qu'en droit on se trouve ici en face d'un contrat spécial qui n'a rien de commun avec une vente, mais en réalité d'une obligation de faire ou de ne pas faire qui, aux termes de l'article 1142 se résout en dommages et intérêts au cas d'inexécution de la part du débiteur ; qu'au surplus dans une certaine mesure le marché intervenu entre les parties peut être assimilé à un marché à forfait qui, selon les termes de l'article 1794, le maître peut résilier par sa simple volonté en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans l'entreprise ; attendu toutefois que l'indemnité offerte est insuffisante... qu'il y a lieu de tenir compte de l'incontestable notoriété du statuaire, de son travail de 18 mois, des dépenses qu'il a effectuées, du gain dont il sera privé, de l'amertume qu'il éprouve à ne pas exécuter un monument appelé à consacrer une fois de plus son talent et du préjudice professionnel

1. Aix, 12 juin 1923, *G.P.*, 1923.2.295.

que le retrait de la commande de ce monument est susceptible de lui occasionner...».

De même dans un jugement du Tribunal de Commerce de Rochefort¹ qui indique que le dédommagement de l'entrepreneur à qui la commande est retirée doit avoir lieu avant que l'ouvrage soit confié à un autre entrepreneur, le préjudice moral est envisagé : « Lorsque le maître de l'ouvrage use de la faculté de l'article 1794 et résilie par sa seule volonté le marché en cours d'exécution qu'il a passé avec un entrepreneur, il est tenu avant de confier à un autre entrepreneur le soin d'achever l'ouvrage commencé, de payer intégralement ce qu'il doit à l'entrepreneur congédié, c'est-à-dire le prix des travaux effectués, le montant du bénéfice que ledit entrepreneur aurait réalisé sur les travaux restant à faire et le préjudice subi par cet entrepreneur du fait de son congédiement ».

On peut observer qu'en pratique l'effet de l'article 1794 est voisin de celui de l'article 1184 : au point de vue de la réparation due à la suite de la résiliation du marché, les conséquences seront à peu près identiques : « attendu² que le dédommagement dû à l'entrepreneur, en vertu de l'article 1794, est aussi complet que celui qui est dû lorsque dans un contrat synallagmatique, une partie qui n'a pas exécuté par sa faute les engagements dont elle était tenue ; attendu que le maître doit par conséquent dédommager de toute perte causée par la résiliation inopportune du contrat et même du préjudice moral qui en résulterait... ».

Mais l'article 1184 au contraire de l'article 1794 laisse au contractant victime de l'inexécution le choix entre la résiliation et l'exécution en nature et impose la nécessité d'une action en justice.

Lorsque l'entrepreneur opte pour la résolution du marché, la question n'offre pas de difficulté. « Attendu, lit-on dans un arrêt de la Chambre civile³, qu'il est constaté en fait que lorsque A. a manifesté l'intention de résilier le marché

1. Trib. com. Rochefort, 23 octobre 1931, S. 1932.2.52.

2. Dax, 29 décembre 1887, *G.P.*, 1888.1.558.

3. Civ. 27 avril 1870, D. 1871.1.86.

passé entre lui et B. pour la construction d'une machine à vapeur, laquelle n'était pas encore terminée, B. s'est borné à prétendre à une indemnité pour défaut d'exécution de ce marché; qu'en jugeant que dans ces circonstances, il ne s'agissait plus que de procéder au règlement de l'indemnité réclamée par B. et offerte par A., l'arrêt qui n'avait pas à faire l'application de l'article 1794 n'a pu violer aucune loi ».

Mais lorsque l'entrepreneur entend maintenir le marché et obtenir l'exécution en nature, l'article 1794 justifie son utilité; les tribunaux n'auront plus alors aucun pouvoir d'appréciation; ils devront reconnaître le droit de l'auteur de la commande d'exiger la résolution du marché par manifestation unilatérale de volonté: leur rôle se limitera alors à déterminer le montant de l'indemnité due.

§ 3. — *Rupture anticipée de contrat*

D'une manière générale, il est impossible de demander l'exécution d'un contrat avant l'époque où la prestation du contractant est devenue exigible. « Ce qui n'est dû qu'à terme, déclare l'article 1186 du Code civil, ne peut être exigé avant l'échéance du terme ».

Ce n'est que dans les cas exceptionnels de l'article 1188, lorsque le débiteur, en faveur de qui le terme a été stipulé, a fait faillite ou lorsque, par son fait, il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier, que le bénéfice du terme tombera et que l'exécution immédiate du contrat pourra être exigée.

La résolution d'une convention, par application de ce principe, ne pourra pas, sauf exception, être demandée avant la date où l'exécution de cette convention peut être exigée. Sans doute en matière de louage d'ouvrage et d'industrie, le maître de l'ouvrage peut, en vertu de l'article 1794 résilier le marché par manifestation unilatérale de volonté et nous avons vu qu'il convenait d'étendre cette solution au marché à façon; mais, en cette hypothèse, l'auteur de la commande qui demande la résolution d'un contrat qui a cessé de lui plaire, doit indemniser le fabricant en lui tenant compte non seulement de toutes ses dépenses et de tous ses

travaux, mais encore de tout ce qu'il aurait pu gagner dans l'entreprise. L'entrepreneur qui, dans l'espèce, sera dispensé de son obligation de fabriquer la chose et n'aura plus à assurer les risques de détérioration ou de perte de la chose en cours de fabrication, sera ainsi assuré à l'avance du gain qu'il aurait effectivement réalisé si le contrat avait reçu sa perfection.

Mais ce droit de résiliation unilatérale est réservé à l'auteur de la commande : le fabricant ne saurait s'en prévaloir. De plus l'obligation de comprendre dans l'indemnité due à l'entrepreneur le profit espéré, qui est logique lorsque la résiliation est imputable au fait ou à la faute de l'auteur de la commande, ne se comprend plus et ne peut être admise lorsque la cause de la résiliation est le fait ou la faute du fabricant lui-même.

On peut alors se demander si au lieu d'élargir le champ d'application de l'article 1794, il ne conviendrait pas plutôt d'élaborer une théorie générale, susceptible d'être étendue à tous les contrats, lorsque dès avant la date fixée pour son exécution, l'une ou l'autre partie se conduit de telle façon qu'il apparait clairement que le marché ne sera pas exécuté conformément aux stipulations prévues.

Nous avons déjà examiné¹ le principe de la résolution du contrat pour rupture anticipée, sa justification et l'accueil que les législations étrangères avaient fait à cette théorie en ce qui concerne le marché à façon : nous n'y reviendrons pas, si ce n'est pour affirmer qu'à l'exemple des pays anglosaxons et scandinaves, il serait opportun d'étendre cette théorie à tous les contrats lorsqu'il devient non pas probable, mais certain, que la convention ne sera pas exécutée correctement ou ne sera pas exécutée du tout à l'échéance. La victime de l'inexécution future doit avoir la possibilité de résoudre immédiatement le contrat.

Nous ne rechercherons ici, en supposant que ce mode d'extinction des contrats soit admis et puisse être invoqué indifféremment par le créancier ou le débiteur de l'obligation primitive, que les conséquences de cette résolution du

1. Cf. *supra*, p. 84 et suiv.

contrat avant le terme prévu pour son exécution normale.

Que la rupture anticipée du contrat émane de l'une ou de l'autre des parties, la question se pose en effet de savoir comment se déterminera le montant des dommages et intérêts dus à la victime de l'inexécution et à quelle époque il faudra se placer pour apprécier le préjudice causé.

A cet égard deux solutions sont possibles : on peut envisager soit la date où le contrat doit normalement être exécuté, c'est-à-dire lorsqu'un terme a été stipulé, le jour de l'échéance de ce terme, soit le moment où l'impossibilité de l'exécution est devenue certaine.

Il semble qu'il y ait lieu d'établir une distinction selon que l'inexécution future provient de la déclaration formelle de l'une des parties qu'elle n'exécutera pas le contrat, ou d'une impossibilité d'ores et déjà certaine.

Si l'inexécution du marché est imputable à l'un des contractants, parce que par exemple il a déclaré expressément qu'il n'exécuterait pas le contrat, il faut admettre que l'autre contractant aura le choix soit d'attendre l'échéance convenue pour l'exécution du contrat, soit, lorsque la convention ne prévoit aucun terme ou lorsqu'il trouve la solution préférable, de considérer dès à présent le marché comme résolu. Tant que l'offre tacite de résolution du contrat qui résulte de la déclaration faite que le contrat ne sera pas exécuté n'est pas accepté par la victime de l'inexécution future, le marché continuera en vertu des principes généraux, à avoir force obligatoire et les deux parties resteront tenues. Il n'en serait autrement que si cette offre avait été acceptée : le contrat serait alors résilié et il ne serait plus possible de revenir sur la décision prise.

Les dommages et intérêts seront alors calculés selon les cas au jour de l'échéance du contrat ou au jour de la résiliation anticipée de la convention.

C'est en ce sens que se prononce l'article 40 du Projet de loi internationale sur la vente : « Si un terme a été déterminé par le contrat, ou par les usages commerciaux pour la délivrance d'une chose qui a un prix courant et si, avant l'expiration de ce terme, le vendeur a fait connaître à l'acheteur qu'il ne livrera pas la chose, ou s'il s'est conduit de

telle façon qu'il a manifesté sa volonté de ne pas exécuter le contrat, les dommages et intérêts sont calculés en prenant pour base le dernier jour du délai fixé. Si aucun terme n'était fixé par le contrat ou par les usages commerciaux, les mêmes dommages et intérêts sont calculés en prenant pour base le jour où l'acheteur a eu le droit de déclarer la résolution du contrat ».

Cette dernière solution devrait prévaloir au cas où l'inexécution future provient non plus d'une déclaration du contractant mais d'une impossibilité d'ores et déjà certaine d'exécution, à la suite par exemple d'un arrêt prolongé d'exploitation de l'usine dans laquelle les objets étaient commandés et fabriqués, d'un incendie... si bien qu'il est certain que l'exécution du contrat ne se fera pas dans les conditions de temps et de lieu stipulées.

En ce cas, en vertu du principe que le créancier doit limiter l'extension du dommage que devra réparer son débiteur, il faut, à notre avis, admettre que le calcul des dommages et intérêts se fera au moment où l'impossibilité est devenue certaine. C'est en effet à ce moment que la vic-time de l'inexécution aura pu et dû se remplacer.

La question présente un intérêt tout particulier en ce qui concerne le fabricant qui sera, selon notre système, obligé d'interrompre la fabrication de l'ouvrage dès lors qu'il devient assuré de l'inexécution future du contrat.

Mais les termes formels de l'article 1186 écartent cette solution : les dommages et intérêts seront alors calculés au jour de l'échéance du délai prévu pour l'exécution du contrat, « ce qui est dû à terme ne pouvant être exigé avant l'échéance du terme ».

Il serait opportun que le législateur consacrat des textes nouveaux à cette théorie et qu'à l'exemple des législations étrangères, on pût, surtout lorsqu'il s'agit de contrats devant durer un certain temps et s'exécuter au moyen de livraisons successives, ne pas attendre les diverses échéances prévues lorsqu'il est dès maintenant certain en dehors de l'hypothèse de l'article 1188, que le contrat ne sera pas exécuté.

CONCLUSION

Notre étude du marché à façon, contrat spécial non prévu par le Code civil, nous permet de conclure que, dans l'ensemble, les règles établies dans le titre « Des obligations conventionnelles en général » assurent aux diverses combinaisons juridiques élaborées par les parties une réglementation satisfaisante. Il demeure toujours possible, du reste, lorsque les dispositions légales interprétatives énoncées à propos des différents contrats usuels ne sont que la répétition et l'application à une hypothèse donnée des principes de droit commun, d'en étendre le domaine et de les faire jouer toutes les fois qu'elles s'avèrent utiles, en vertu même de leur plus grande précision. Cette assertion est justifiée pour les contrats innomés qui sont très différents des types de conventions déjà classifiés du Droit civil ou du Droit commercial et auxquels, bien à tort, les juristes ont souvent tenté de les assimiler : elle se confirme encore davantage pour ceux qui, comme le marché à façon, comportent des éléments empruntés à différents contrats nommés. La dualité qui résulte dans le marché à façon de la coexistence d'une obligation de faire et d'une obligation de donner, et qui nous a conduit à donner à ce contrat un statut propre, n'est pas en effet spéciale à cette convention ; certains autres contrats innomés participent d'une dualité identique. Ainsi le report qui en la forme se résout en une double vente, l'une au comptant, l'autre à terme peut être considéré, par ailleurs, comme « un prêt à intérêt dans lequel le reporteur joue le rôle de prêteur et le reporté celui d'emprunteur,

les titres formant le gage, le prix du marché au comptant la somme à rembourser et la différence entre les deux prix le montant de l'intérêt »¹. Pareillement la convention par laquelle une personne acquiert l'usage d'un coffre-fort dans une banque ou d'une place pour sa voiture dans un garage, convention que certains qualifient de contrat de garde, participe concurremment de la nature juridique du dépôt et de celle de louage de chose. De même le « contrat d'hôtellerie » peut s'analyser en un mélange de vente, de dépôt, de louage de chose et de louage d'ouvrage.

Toute la difficulté consiste alors à établir le dosage de ces divers éléments constitutifs du contrat et de trouver ainsi un régime juridique qui soit conforme à l'intention des parties et qui convienne à la fois aux besoins de la pratique et au but économique du contrat.

En ce qui concerne le marché à façon qui, nous l'avons vu², participe en quelque sorte de la nature du louage d'ouvrage et de celle de la vente, il sera donc possible de faire intervenir, dans une mesure variable, les règles consacrées par le Code civil pour les contrats voisins de vente ou de louage d'ouvrage. Ces règles ne correspondent cependant pas tout à fait aux exigences propres du marché à façon et ne résolvent que d'une manière incomplète ou mal adaptée les problèmes soulevés par son exécution. La juxtaposition indivisible dans ce contrat d'une livraison de marchandises et d'un travail à effectuer, la dualité inséparable des obligations nées du marché entraînent en effet des conséquences différentes de celles que le législateur a prévues pour les simples contrats de vente ou de louage d'ouvrage. On comprend alors que le droit professionnel et syndical se soit substitué, pour la réglementation technique du marché à façon, au législateur défaillant : actuellement en effet la plupart des difficultés créées par l'exécution du marché à façon sont résolues par des clauses diverses de formulaires préétablis : ce sont ces clauses qui, plus encore que les dispo-

1. Lyon-Caen et Renault et Amiaud, *Traité de droit commercial*, p. 827, n° 846.

2. Cf. *supra*, p. 41 et suiv.

sitions de la loi, réglementent les conditions du transfert de propriété et des risques, limitent à la réparation ou au remplacement de la chose défectueuse les effets de l'action en garantie, règlent les conséquences de l'inexécution du marché par l'une ou l'autre des parties...

Mais « l'égalité » qui règne dans le Code est purement théorique, c'est une égalité civile, c'est-à-dire de condition juridique, non une égalité de forces »¹. Lorsque ces formulaires et ces cahiers-types émanent d'organismes puissants, ne se trouve-t-on pas en présence de véritables contrats d'adhésion, et ne convient-il pas de donner aux tribunaux le moyen d'empêcher l'exploitation de la faiblesse ou de la nécessité, de prévenir tout abus de la puissance économique ?

Ce n'est pas à dire qu'une intervention du législateur en notre matière soit nécessaire, qu'une réglementation légale du marché à façon soit indispensable ; si l'existence dans notre droit de contrats spéciaux facilite parfois les manifestations du commerce juridique, souvent, d'une façon indirecte, elle paralyse dans une mesure inquiétante sinon dangereuse, le principe de l'autonomie de la volonté : « Tous les contrats, écrit M. Ripert², connaissent à l'heure actuelle une réglementation qui chaque jour devient plus étroite. A chaque instant, par l'effet de la loi, un contrat se détache du groupe qui est encore sous le signe de la liberté pour venir se placer dans le groupe des contrats rigides soumis à la contrainte étatique. Sans doute l'article 1134 demeure-t-il comme le grand principe constitutionnel du commerce juridique, consacrant la liberté des conventions. Mais la convention en soi n'existe pas et une série de lois décrivent les conventions usuelles, les suivent dans toutes leurs modalités et en fixent les conditions d'application. Le législateur substitue ainsi au libre contrat du Code civil une forme qui est mi-contractuelle, mi-légale, dans laquelle la déclaration de volonté n'est plus nécessaire que pour

1. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, p. 178.

2. Ripert, *id.*, p. 302 et suiv.

reconnaître la soumission de l'une des parties à la situation imposée par la loi ».

Profondément attachés au principe de l'autonomie contractuelle qui constitue un des fondements les plus traditionnels de notre droit, nous nous élevons contre cette emprise sans cesse croissante de l'activité du législateur sur la liberté des individus, contre cette sorte de « socialisme d'Etat »¹ qui impose l'obligation de veiller sur tous les contrats privés pour qu'ils ne viennent pas déranger l'économie dirigée.

Sans doute il est utile de chercher à donner un cadre rationnel aux diverses conventions et à en préciser la réglementation, et « le Droit civil a pour devoir de constater les situations actuelles, de leur donner des règles précises et de satisfaire les desiderata de la pratique »². Mais en matière de contrats plus que partout ailleurs, l'évolution est une vérité qui s'affirme, la loi qui s'impose : le rôle du législateur paraît être alors moins d'établir une réglementation rigide de certains types de conventions que d'insérer dans les Codes des principes généraux qui puissent s'appliquer à tous les contrats, et à cet égard, notre technique juridique moderne pourrait utilement se perfectionner, nous l'avons vu, en admettant, à l'exemple de plusieurs législations étrangères, la possibilité d'une rupture anticipée des contrats.

« L'office de la loi, déclare Portalis dans l'Exposé des motifs du projet de Code civil, est de fixer par de grandes vues, les notions générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquence, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière... »³.

Ce qui importe, c'est que les tribunaux chargés de maintenir l'unité du droit et de veiller sur ses progrès trouvent, dans les principes généraux qu'ils ont pour mission de faire respecter, la possibilité de trancher, conformément à la volonté des parties ou au but économique du contrat, les

1. Ripert, *op. cit.*, p. 302.

2. Costes, *op. cit.*, p. 278.

3. Fenet, t. I, p. 475.

difficultés soumises à leur appréciation ; ce qu'il faut, c'est que la jurisprudence, toujours soucieuse de donner aux conventions le régime juridique le plus approprié, puisse découvrir dans les textes légaux l'appui nécessaire ou suffisant pour asseoir les solutions que réclament les caractères particuliers ou les exigences propres de chaque contrat déterminé.

Vu :

le Doyen,

Edgard ALLIX

Vu :

le Président de la Thèse,

HAMEL.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

S. CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

PÉRIODIQUES ET REVUES.

- Annales de droit commercial.*
Annales des décisions des juges de paix et des tribunaux de simple police.
Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle.
Bulletin de la Société d'études législatives.
Gazette du Palais.
Gazette des Tribunaux.
Recueil général des lois et arrêts (Sirey).
Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz.
Recueil périodique et critique Dalloz.
Recueil de jurisprudence commerciale et maritime du Havre.
Recueil des arrêts de la Cour d'appel de Rennes.
Recueil des arrêts des Cours d'appel de Caen et de Rouen.
Recueil de jurisprudence commerciale et maritime de Nantes.
Recueil de jurisprudence d'Aix-Marseille.
Revue critique de législation et de jurisprudence.
Revue générale des assurances terrestres.
Revue des faillites.
Revue historique de droit français.
Revue pratique de législation et de jurisprudence du Tribunal de Commerce de la Seine.
Revue trimestrielle de droit civil.
Revue des ventes et transports.

OUVRAGES ET ARTICLES DE DOCTRINE

- ALCALAY. — *Des contrats de vente par livraisons successives*, thèse, Neuchâtel, 1924.
ALMEN. — *Das skandinavische Kaufrecht*, Heidelberg, 1922.
AREF. — *La garantie pour vices cachés*, thèse, Paris, 1936.
AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 6^e édit., 1936.
BALLET (M.). — *L'air et le droit*, thèse, Lyon, 1927.
BAUDOUIN. — *Nature juridique du contrat de construction à forfait des navires*, « *Rev. int. de dr. maritime* », 1890 et 1891.

- BAUDRY-LACANTINERIE. — *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3^e édit.,
 BEUDANT. — *Cours de droit civil français*, 2^e édit., 1936.
 BOUSQUET. — *Des devis et marchés en droit civil*, 1923.
 CAPITANT. — *De la cause des obligations*, 1923.
 CASSIN. — *De l'inexécution des contrats et ses suites. — Cours de doctorat*,
 1934-1935.
 — *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*,
 Thèse, Paris, 1914.
 CHALMERS. — *Sale of Goods Act 1893*, Londres 1931.
 CHAUVEAU. — *Traité théorique et pratique des ventes maritimes*, 1923.
 COSTES (M.). — *Essai sur la nature juridique du contrat d'entreprise*, thèse,
 Toulouse, 1913.
 COLIN et CAPITANT. — *Cours de droit civil français*, 8^e édit., 1935.
 CUQ. — *Manuel des institutions juridiques des Romains*, 1917.
 DANJON. — *Traité de droit maritime*, 2^e édit., 1926.
 DEMOGUE. — *Traité des obligations en général*, 1923.
 DAVID (R.). — *Rapport sur l'arbitrage conventionnel en droit privé*, 1932.
 DEBRÉ. — *L'artisanat. — Classe sociale*, thèse, Paris, 1934.
 DOMAT. — *Œuvres* édit. J. Rémy, 1830.
 DRAGU. — *De l'exécution en nature des contrats*, thèse, Paris, 1936.
 EMÉRICH. — *Kauf und Werklieferungsvertrag nach dem B. G. B.*, thèse, Stras-
 bourg, 1899.
 ESCARRA. — *De la valeur juridique de l'usage en droit commercial*, « *Annales de
 droit commercial* », 1910.
 EYMIN. — *Des ventes à livrer*, thèse, Aix, 1898.
 FLINIAUX. — *Cours de droit romain* (Licence 1930-1932).
 GARRAUD. — *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, 2^e édit., 1912.
 GÉNY. — *Méthode d'interprétation et sources en droit positif français*, 2^e édit.,
 1919.
 — *Science et technique en droit français positif*, 2^e tirage, 1927.
 GIRARD. — *Traité de droit romain*, 7^e édit., 1924.
 — *Textes de droit romain publiés et annotés*, 5^e édit., 1923.
 GOUNOT. — *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse, Dijon,
 1912.
 GUILLOUARD. — *Traité du louage et traité de la vente*, 1887 et 1890.
 HAMEL. — *Le droit privé aérien dans le projet de code international de l'air*,
 « *Annales de droit commercial* », 1923.
 — *Banques et opérations de banque*, 1933.
 HARDEL. — *La notion de dessaisissement en matière de gage*, Thèse, Paris, 1932.
 HENRY-COUANNIER. — *Éléments créateurs du droit aérien*, 1929.
 HALSBURY. — *Laws of England*, Londres, 1913, 2^e édit., 1931.
Institut international de Rome pour l'unification du Droit privé. Rapport sur
 le Droit comparé en matière de vente.

- JOSSEMAND. — *Cours de droit civil français*, 2^e édit., 1923.
— *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1927.
— *Les mobiles dans les actes juridiques*, 1928.
— *Evolution et actualités*, 1936.
- KARLOWA. — *Römische Rechtsgeschichte*, 1892.
- KRONACKER. — *Werklieferungsvertrag nach § 381 H.G.B.* thèse, Munich, 1906.
- LAURENT. — *Principes de droit civil français*, 3^e édit., 1878, Suppl. 1896.
- LEPELTIER. — *La résolution judiciaire des contrats pour inexécution*, thèse, Caen 1934.
- LEVILLAIN. — *Conventions passées en vue de la construction des navires*, « *Revue générale de droit et de législation* », 1877, 1878 et 1879.
- LÉVY-ULLMANN. — *L'inexécution du contrat pour cause d'impossibilité dans le droit anglais*, « *Annales de droit commercial* », 1921 et 1922.
— *Éléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques*, 1928.
- LOCRE. — *Législation civile, commerciale et criminelle*, 1828.
- LYON-CAEN et RENAUT. — *Traité de droit commercial*, 15^e édit., 1936.
- MADRAY. — *Des contrats d'après la récente codification privé faite aux Etats-Unis*, 1936.
- MARAI. — *Condition juridique du constructeur de navires*, « *Revue de droit maritime comparé* », 1926.
- MARTY. — *La distinction du fait et du droit*, thèse, Toulouse, 1929.
- MESTRE (L.). — *Moyens employés par la pratique pour protéger le vendeur à tempérament de meubles corporels*, thèse, Montpellier, 1936.
- MONIER. — *Manuel élémentaire de droit romain*, 1936.
- OLIVIER-MARTIN. — *Des divisions du louage en Droit romain*, « *Revue historique de droit français* », 1936.
- PERCEROU. — *La clause de réserve de propriété*, « *Annales de droit commercial* », 1931.
- PEZOUS. — *Des devis et marchés*, thèse, Paris, 1880.
- PICARD. — *Rapport de la commission des locations-ventes d'objets mobiliers*, « *Bull. de la Soc. d'études législatives* », 1936.
- PLANIOL et RIPERT. — *Traité élémentaire de droit civil*, 12^e édit., 1932.
- PLANIOL. — *Classification synthétique des contrats*, « *Revue critique de législation et de jurisprudence* », 1904.
- POTHIER. — *Traité du louage et de la vente*, édit. Bugnet, 1847.
- POUILLET. — *Traité des brevets d'invention* (1899) et *Traité des marques de fabrique* (1906).
- RABEL. — *Das Internationale Warenkauf*, Berlin, 1936.
- REDOUIN. — *Les arrhes en droit français*, thèse, Paris, 1935.
- REHFOUR. — *Des devis et marchés*, thèse, Genève, 1879.
- Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, Dalloz, « V^o Louage d'ouvrage et d'industrie » et V^o « Vente ».
- RIPERT (E.). — *Essai sur la vente commerciale*, 1875.

- RIPERT (G.). — *Traité de droit maritime*, 3^e édit., 1930.
— *La règle morale dans les obligations civiles*, 3^e édit., 1935.
— *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 1936.
- RIPERT (L.). — *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, thèse, Paris, 1933.
- ROSSEL. — *Le droit fédéral suisse des obligations*, 1930.
- ROUX. — *Traité de la fraude dans la vente des marchandise*, 1925.
- STAUB. — *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Leipzig, 1926.
- STAUDINGER. — *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Munich, 1928.
- TALAMON. — *Du pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur l'interprétation et l'application des contrats*, thèse, Paris, 1926.
- THALLER et PERCEROU. — *Traité élémentaire de droit commercial*, 8^e édit., 1931, Suppl. 1936.
- VISSCHER (de). — *La vente des choses futures et la théorie du risque contractuel*, 1914.
- WILLISTON. — *The law governing Sales of goods at common Law and under the uniform Sales Act*, 2^e édit., 1924.
-

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
---------------------------	----------

PREMIERE PARTIE

NATURE JURIDIQUE DU MARCHÉ A FAÇON

Chapitre I. — Les diverses théories et leur critique	21
Section 1. — <i>Les systèmes absolus</i>	21
§ 1. Le marché à façon est un louage d'ouvrage	21
§ 2. Le marché à façon est une vente	24
§ 3. Le marché à façon est tantôt un louage, tantôt une vente .	29
Section 2. — <i>Les systèmes mixtes</i>	35
§ 1. Le marché à façon est successivement un louage et une vente	35
§ 2. Le marché à façon est à la fois un louage et une vente	37
Chapitre II. — Nature propre du marché à façon	42

DEUXIEME PARTIE

RÉGLEMENTATION TECHNIQUE DU MARCHÉ A FAÇON

Chapitre I. — Conditions de formation et de validité du marché à façon	59
Chapitre II. — Effets du marché à façon	66
Section 1. — <i>Obligation de faire</i>	66
§ 1. Obligation de faire de l'auteur de la commande. — Spécification	67
§ 2. Obligation de faire du fabricant. — Confection de la chose .	79
Section 2. — <i>Obligation de donner</i>	87
§ 1. Transfert de propriété et déplacement des risques	88
A. Transfert de propriété	83
B. Déplacement des risques	97

§ 2. Obligations du fabricant	103
A. Obligation de délivrance. Achat de remplacement	103
B. Obligation de garantie	119
§ 3. Obligations de l'auteur de la commande	144
A. Obligation de recevoir. — Retirement	145
B. Obligation de payer le prix	152
Chapitre III. — Extinction du marché à façon	163
§ 1. Mort de l'entrepreneur	164
§ 2. Résiliation unilatérale du contrat	167
§ 3. Rupture anticipée du contrat	173
CONCLUSION	177
BIBLIOGRAPHIE	184

Imp. F. BOISSEAU, Rue du Taur, 34 - TOULOUSE (France)

